XIV.

Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio *).

Von

Herrn Dr. G. A. W. Du Roi, Hofrath im Landesgerichte zu Wolfenbüttel.

§. 1.

Wenn man die Untersuchung über den Begriff der actio in rem — oder, was nach dem Sprachgebrauche der Pandecten mit actio in rem völlig synonym ist, der vindica-

*) Es bedarf wohl kaum der Erinnerung, daß bei diesem Aufsatze die Schriften von Hugo, Thibaut, von Feuerbach und Schweppe über die darinn berührten Gegenstände als bekannt vorausgesetzt sind, daß also der Verfasser, auch ohne Allegate, nicht die Absicht gehabt hat, dasjenige, was daraus entlehnt ist — z. B. aus Hugo über den Begriff der obligatio und über das Institutionensystem — sich selbst zueignen zu wollen.

Nothwendiger ist eine andere Bemerkung, nämlich die, daß der Verfasser ein Geschäftsmann ist, dem seine practischen Berufsarbeiten nur wenige Nebenstunden für diese Untersuchungen übrig gelassen haben, die ihm dadurch lieb geworden sind, daß sie der Gegenstand eines früheren Versuches (specimen observationum de jure in re, Heidelberg, Mohr 1812) waren: und er bittet daher, den gegenwärtigen Aufsatz nach diesem Maaßstabe zu beurtheilen.

tio [1]) — zunächst mit der Frage anfängt, wie denn dieser Begriff von den Römischen Juristen selbst erklärt wird, so werden hier zwei Definitionen gegeben, die an sich beide sehr bestimmt und verständlich sind.

Die eine von Ulpian lautet:

> Die actio in rem ist die Klage aus dem Eigenthum, actio per quam *rem nostram* quae ab alio possidetur *petimus* [2]).

und eben dieser Begriff, Eigenthumsklage, wird in andern Stellen [3]) ausgesprochen, in denen, wie in der Definition

1) L. 25. pr. D. de obl. et act. (44. 7.) Gaji inst. 4. §. 5. Die alte vindicatio bei der legis actio, (die sogenannte lis vindiciarum), ist von dieser vindicatio bei dem Verfahren per formulas ganz verschieden: vergl. §. 3. und §. 18. nro. 5.

2) C. 25. cit. Ueber die Worte rem nostram vergl. §. 2. am Ende.

3) Infinita est (condemnatio), si *rem* aliquam a possidente *nostram esse* petamus, id est si in rem agamus (Gaji instit. 4. §. 51.)

in rem actio duplex (est), aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem: petitoria formulae haec est, qua actor intendit *rem suam esse*: per sponsionem vero hoc modo agimus, provocamus adversarium tali sponsione, si homo quo de agitur ex jure Quiritium *meus est*, — — dare spondes? (Ebendaselbst 4, §. 91. bis 93).

in rem — si agat, intendit *Publici Mevii rem esse* ex jure Quiritium. (Ebendaselbst 4, §. 86).

cum in rem agitur, tantum intenditur *rem actoris esse*. (Ebendaselbst 4. §. 87).

actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod cum — — in rem ago non expressa causa, ex qua *rem meam esse* dico, omnes causae una petitione adprehenduntur: neque enim amplius quam semel *res mea esse* potest (L. 14. §. 2. de except. rei judic. 44. 2.)

si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio quocun-

von Ulpian, die actio in rem als Gattungsbegriff (divisio actionum), als allgemeiner Gegensatz von actio in personam vorkommt, wo also der Einwand wegfällt, daß vielleicht von einer andern, beschränkteren Bedeutung des Wortes die Rede seyn könne.

> Noch gehören die Stellen hierher, wo die Ausdrücke neque *id quod defuncti fuit* potest intendere *suum esse*, neque id quod defuncto debebatur potest intendere dari sibi oportere (Gaji instit. 4, §. 34.),
>
> ut *quod illius esset* vel illi dari oporteret eo nomine adversarius condemnetur (ebendas. 4, §. 35.), formulae quibus contendimus *nostrum essealiquid* ex jure Quiritium aut nobis dari oportere (ebendas. 4, §. 45.),

offenbar als gleichbedeutend mit den Worten actiones in rem und actiones in personam gebraucht werden: und endlich auch diejenigen Stellen, wo als etwas Characteristisches bei den actiones in rem, im Gegensatze von den actiones in personam, **die Herausgabe der Sache**, restitutio rei, vorkommt [4].

---

que qui eam possidet petat, vindicare debet, id est intendere *suam rem* ex jure Quiritium *esse* (Gaji instit. 2, §. 194.)

si in rem tecum agam, — — aequum est te de eo quod interea tibi *rem*, *quae an ad te pertineat* dubium est, possidere conceditur, — — mihi cavere. (Ebendaselbst §. 89.

familiae erciscundae judicium — — habet in rem actionis proprietatem, quatenus de rebus instituitur: *nam* omnis coheres ex parte *dominus* est (Theophilus 4, 6, §. 20. nach der Uebersetzung von Reiz).

4) pr. J. de satisdation. (4, 9). §. 2. J. de offic. jud. (4, 17.) Gaji instit. 4, §. 89.

Neben dieser Definition steht uns aber eine zweite, von Gajus, welche von der Definition bei Ulpian zum Theil verschieden zu seyn scheint: nämlich die,

actiones in rem sind die Klagen theils über das Eigenthum an einer res corporalis, theils über die Zuständigkeit einer Servitut, in rem actio est cum aut corporalem rem intendimus nostram esse, aut jus aliquod nobis competere velut utendi, utendi fruendi, eundi etc. [5],

und damit stimmt wieder eine Stelle bei Theophilus überein,

in rem ago aut de rebus corporalibus aut de incorporalibus; et corporalia quidem sunt fundus, domus, incorporalia autem velut ususfructus, servitus [6].

Von einer dritten Definition, die in unsern Institutionen [7] — nicht im ächten Gajus, noch bei einem andern juristischen Classiker — sich findet, wird unten Gelegenheit seyn zu reden (§. 18).

§. 2.

Die beiden Definitionen der Römischen Juristen,

actio in rem ist die Eigenthumsklage, und, actio in rem ist die Klage über das Eigenthum an res corporales und über Servituten,

müssen nun mit den verschiedenen, einzelnen Klagen verglichen werden, die im Römischen Rechte als actiones in rem vorkommen: und darunter ist die erste

A. die Klage über das Eigenthum an einer *res corporalis*, welche in beiden Definitionen ausdrücklich genannt wird.

Zunächst ist hier Einiges über den Namen und über die Formel der Klage zu bemerken.

5) Instit. 4. §. 3.

6) 4. 6. §. 2.

7) §. 1. de action. (4. 6.)

In den Pandecten und im Codex — auch im codex Theodosianus [8]) — haben die Titel, worin sie abgehandelt wird, die Ueberschrift De rei vindicatione: und wegen dieser Ueberschrift — vielleicht, weil man sie nach unserer Art zu allegiren so oft als Citat hört — hat man sich in neueren Zeiten gewöhnt, den Ausdruck rei vindicatio als ein besonderes Kunstwort für diese actio in rem, für die Klage aus dem Eigenthum an einer res corporalis im Gegensatze von den andern actiones in rem, anzusehen, so daß actio in rem der Name des genus und rei vindicatio der Name der species seyn soll. Geht man nun aber auf die Quellen zurück, so scheint es mit diesem Kunstworte sehr mißlich auszusehen. Denn

1) Das Wort rei vindicatio, das man, wenn es wirklich ein Kunstwort für jene Klage wäre, im corpus juris fast auf jeder Seite erwarten könnte, ist außerordentlich selten, und kommt gerade da, wo man es als Kunstwort nothwendig suchen müßte, nämlich in den Titeln de rei vindicatione selbst, in dem Institutionentitel de actionibus, und in dem vierten Buche von Gajus, auch nicht ein einziges Mal vor. In den ganzen Pandecten findet es sich, so viel dem Verfasser bekannt ist — den Brisson und Vicat haben das Wort rei vindicatio nicht — nur fünfmal [9]), in den Institutionen nur zweimal [10]), und bei Gajus und in Ulpians Fragmenten gar nicht. Vielmehr heißt die Klage immer, so oft — außer

8) Im Breviarium, lib. 2, tit. 23.

9) Zweimal in der Form rei vindicatio, in L. 7. §. 8. de Public. act. (6, 2.) und L. 2. D. de tigno cunct. (47, 3.) Dreimal in der Form vindicatio rei, in L. 1. D. tin. reg. (10, 1.) L. 1. §. 17. D. si is qui testam. lib. (47, 4.) L. 35. §. 4. D. de contrah. emt. (18, 1) — wo aber vindicatio ohne rei daneben vorkommt.

10) §. 3. de emt. et vend. (3, 24.) §. 19. de oblig. ex delict. (4, 1.)

den Ueberschriften und jenen sieben Stellen — die Rede davon ist, namentlich in dem Titel de rei vindicatione in den Pandecten und im Codex, *actio in rem* oder *vindicatio* ohne Zusatz.

2) Ins Besondere dann, wenn die actio in rem über das Eigenthum an res corporales einer andern actio in rem, der petitio hereditatis, der actio hxpothecaria, der actio publiciana, entgegengesetzt werden soll, wird dieser Gegensatz nicht durch die Benennung rei vindicatio, sondern durch die Worte *actio in rem* et petitio hereditatis [11]), *actio in rem* et hypothecaria [12]), *actio in rem directa* und actio in rem publiciana [13]), *actio in rem specialis* [14]), *vindicatio* [15]), *vindicatio directa* [16]) und actio publiciana ausgedrückt: was sich gar nicht erklären ließe, wenn das Wort rei vindicatio der Name für die species wäre. Nur in einer einzigen Stelle kommt im Gegensatz von der actio publiciana rei vindicatio vor [17]).

3. Theophilus, der die lateinischen Kunstworte sorgfältig beibehält, setzt in den Institutionenstellen, wo sich im Texte

11) Die Rubriken im Codex Ubi *in rem actio* exerceri debeat (3. 19.) und Ubi *de hereditate* agatur (3, 20.) §. 2. J. de offic. jud. (4, 17.) und Theophilus ebendas. L. 16. §. ult. L. 49. D. de petit. hered. (5, 3). Der Scholiast Cyrillus zu den Basilik. lib. 42, t. 1, c. 18, §. 2.

12) §. 2. J. de legat. (2, 20.) L. 30. C. de jur. dot. (5, 12.) L. 23. §. 1. C. de ss. eccl. (1, 2.) L. 1. C. comm. de legat. (6, 43.) L. 3. C. de praescr. 30. ann. (7, 39.) L. 11. C. depositi (4, 34.) L. 3. C. de quadr. praescr. (7, 37.) Theophilus 2, 6. §. 14.

13) §. 4. J. de act. (4, 6.)

14) L. 73. pr. D. de rei vind. (6, 1.)

15) L. 35. pr. D. de obl. et act. (44, 7.)

16) L. 24. C. de rei vind. (3, 33.)

17) L. 7. §. 8. D. de Publ. act. (6, 2.)

das Wort rei vindicatio findet in der Paraphrase jedesmal statt dessen ἡ *in rem* [18]).

4) Auf der andern Seite wird nicht bloß die Eigenthumsklage, sondern eben so gut die actio hypothecaria eine vindicatio rei genannt [19]), was mit rei vindicatio synonym ist [20]).

Vielleicht könnte man endlich, 5) auch noch die Redensart bei Gajus jure belli *res vindicatur* [21]) anführen, um zu zeigen, daß das Wort res in Verbindung mit vindicare nicht gerade eine res corporalis und überhaupt nicht mehr bedeutet, als vindicare ohne den Zusatz res.

Aus dem Allen möchte nun wohl folgen, daß *rei* vindicatio mit vindicatio oder actio in rem ganz einerlei ist, so wie *rerum* permutatio mit permutatio und *rerum* dominium mit dominium: daß also die actio in rem über das Eigenthum an res corporales keinen besonderen Namen hat, sondern, wie der Gattungsbegriff (§. 1.), actio in rem oder vindicatio ohne Zusatz heißt. Eine Bemerkung, die nicht bloß grammatisch, sondern für die jetzige Untersuchung sehr wichtig ist, wie sich erst unten zeigen kann.

Uebrigens möge es erlaubt seyn, der Kürze wegen, um die unbequeme Benennung „die actio in rem über das Eigenthum an res corporales" zu vermeiden, in diesem Aufsatze den gewohnten Ausdruck rei vindicatio beizubehalten: aber immer mit dem Vorbehalte „sogenannte").

Ueber die Formel der Klage ist hier zu erinnern, daß das Kunstwort, wodurch das Eigenthum an res corporales in den Römischen Proceßformeln und bei feierlichen Rechtsgeschäften ausgedrückt wurde, nicht das Substantiv domi-

18) S. Note 10. oben.
19) L. 12. §. 1. de quib. mod. pign. solvit. (20, 6.)
20) S. Note 9. oben.
21) Instit. 3, §. 94.

nium oder dominus war, das man wohl in neueren Zeiten als characteristisch für jenes Rechtsverhältniß betrachtet hat, sondern das Wort *Meum*. Aio hunc hominem ex jure Quiritium *meum esse*, lautete die Formel bei der Vindication nach der legis actio (lis vindiciarum) [22]), bei der denuntiatio vor der Vindication [23]), bei der cessio in jure [24]), und bei der mancipatio [25]): si paret hominem ex jure Quiritium *actoris esse*, war die Klagformel, sowohl nach der legis actio [26]) als nach dem Verfahren per

22) Gaji inst. 4, §. 16.

23) Cicero pro Caecin. c. 7.

24) Gaji inst. 2, §. 24.

25) Ebendas. 1. §. 119.

26) Cicero in Verr. II, c. 12. Die formulae scheinen bei der legis actio schon eben so vorgekommen zu seyn, wie nachher bei dem Verfahren per formulas, denn Cicero, zu dessen Zeit noch nach der legis actio verfahren seyn muß, wie man aus dem alten Vindicationsritus in der Rede pro Caecina und pro Muraena und in der neu entdeckten Rede pro Tullio (vgl. unten §. 3.) und aus den Stellen de oratore 1, 10 und pro Caecina c. 33. sieht, führt die formula der actio in rem, si paret fundum ex jure Quiritium Publii Servilii esse (in Verr. loc. cit.), und die formula der actio in personam, si paret dari oportere (pro Roscio comoed. c. 4.) gerade so an, wie sie sich bei Gajus finden. Der Gegensatz zwischen per formulas agere und lege agere will also nicht sagen, daß die legis actio ein Verfahren ohne formulae gewesen wäre, sondern nur so viel, daß bei dem Verfahren per formulas gleich mit der Ertheilung der formula angefangen wurde, ohne dasjenige, was bei der legis actio noch vorangïng, z. B. das sacramentum: ganz so wie bei dem Verfahren per formulas wieder der Gegensatz per formulam agere und per sponsionem agere (Gaji inst. 4, §. 91 und 141) nur bedeutete, daß bei dem agere per formulam die formula unmittelbar erfolgte, bei dem agere per sponsionem hingegen zunächst eine sponsio und dann erst eine for-

formulas [27]): si homo quo de agitur ex jure Quiritium *meus est*, dare spondeo? war die gerichtliche sponsio zur Instruction des Processes [28]): und eben so, *meum* esse, *ejus* esse, *suum* esse, lauteten die Formeln bei der Exception [29]), bei der responsio in jure [30]), beim Eide [31]) und im Erkenntnisse [32]). Nur bei der cautio de damno infecto kommt die Formel si *dominus* non esset vor [33]): indes bloß als Vorbehalt, nicht um das Eigenthumsrecht als Gegenstand eines Processes oder eines Rechtsgeschäftes auszudrücken.

Jene Formeln dienen zugleich zum Beweise, daß die Definition von Ulpian, in rem actio est per quam rem *nostram* petimus, richtig durch „die Klage aus dem Eigenthum" übersetzt ist (§. 1.), und daß es ein sogenanntes τὸ meum, als etwas von dominium Verschiedenes, im Römischen Rechte nicht giebt.

§. 5.

Bei der rei vindicatio und bei dem Eigenthume an res corporales kommen gewisse Rechtsinstitute vor, die, wenig-

mula (Gaj. 4, §. 93 und §. 165 und folg.), und wie die legis actio per condictionem im Gegensatze von der legis actio sacramenti nicht darum so hieß, weil bei der actio sacramenti keine condictio (denuntiatio) Statt gefunden hätte (Gaj. 4, §. 15. Asconius zu Cicero in Verr. I, 9), sondern deshalb, weil bei der actio per condictionem nur eine condictio, ohne sacramentum vorkam.

27) Gaji intit. 7, §. 41.

28) Ebendaselbst 4, §. 41.

29) L. 24. D. de exc. rei judic. (44, 2.) L. 17. D. de Public. act. (6, 2.) L. 4. §. 32. D. de doli mali exc. (44, 4.)

30) L. 26. §. 3. L. 27. §. 1. D. de noxal. act. (9, 4.)

31) L. 9. §. 7. L. 11. §. 1. D. de jurejur. (12, 2.)

32) L. 35. §. 1. D. de rei vindic. (6, 1.) L. 40. §. 2. D. de procurator. (3, 3.)

33) L. 22. §. 1. D. de damn. infect. (39, 2.)

stens in ihrer wahren und eigentlichen Form, nothwendig die Existenz einer res *corporalis* voraussetzen: nämlich diese fünf,

die alte Vindication (lis vindiciarum),
die cessio in jure,
der Besitz,
die Tradition,
die Usucapion.

1) Nach der ältesten Form des Römischen Processes, der legis actio, fing die Klage über das Eigenthum damit an, daß die streitige Sache oder ein Stück davon in das Gericht gebracht, von beiden Parteien angefaßt, und ein Stab, der eine Lanze bedeutet, (festuca, vindicta), darauf gehalten wurde, mit den Worten: Ego hanc rem meam esse ajo ex jure Quiritium [34]. Ein Symbol, das nach der Art, wie es Gajus erklärt [35], auf die alte Zeit hinzudeuten scheint, wo Krieg und Beute in Rom ein Hauptwerk des Eigenthums gewesen seyn mögen, etwa so wie die Wahl der Vestalinnen noch immer in der Form eines Weiberraubes vom Feinde geschah [36]. Der Name lis vindiciarum für dieses Verfahren, der bei Asconius vorkommt [37], ist übrigens wohl ein Mißverständniß: denn man sieht aus Gajus [38], daß die Worte pro praede *litis vindiciarum* bei Cicero statt pro praede litis *et* vindiciarum gesetzt sind, daß also vindiciarum kein von litis regierter Genitiv, sondern nur, wie bei usus fructus, sarta tecta, usus auctoritas, das et dazwischen weggelassen ist.

Bei dem Verfahren per formulas, also zur Zeit der Pandectenjuristen, fand diese alte vindicatio nicht mehr Statt,

---

34) Gaji instit. 4, §. 16 und 17. Gell. noct. Attic. 20, 10.
35) Gaji inst. 4, §. 16.
36) Gell. noct. Attic. 1, 12.
37) Zu Cicer. in Verrem, I, 45.
38) Institut. 4, § 16, 91 und 94.

außer bei den Centumviren, wo die legis actio beibehalten wurde. Die Darstellung bei Gajus, der von der Vindication immer nur als von einem Theile der legis actio und im Imperfectum redet [39], und besonders der Umstand, daß bei dem Verfahren per formulas an die Stelle der praedes litis et vindiciarum, die bei der vindicatio vorkamen, etwas Anderes gesetzt war [40]) zeigt dies deutlich.

Daß die Vindication in jener oben beschriebenen, eigentlichen Form nur bei res corporales eintreten konnte, folgt aus dem ganzen Ritus — dem Herbringen und Anfassen — von selbst.

§. 4.

Eine Folge der Vindication im Processe war

2) die cessio in jure, als ein Mittel das Eigenthum an der Sache auf einen Andern zu übertragen: denn die cessio in jure ist nichts weiter als ein fingirter Proceß über das Eigenthum nach der Form der legis actio, also mit einer vindicatio, womit die legis actio sacramenti anfing ehe es zu dem sacramentum selbst kam [41]). Der fingirte Beklagte räumte die Klage ein (cedebat in jure), und dem fingirten Kläger wurde die Sache zuerkannt: ganz so wie die manumissio per vindictam in der Form eines fingirten judicium liberale [42]) und eine gewisse Art der Adoption in der Form einer fingirten vindicatio liberorum [43]) geschah. Diese fingirte Vindication mit ihren alten Formen erhielt sich auch dann, als die wirkliche Vindication im Processe längst mit der legis actio aufgehört hatte: und daher wird bei den Pandectenjuristen und andern gleichzeitigen Schriftstellern unter dem Worte legis actio, wenn nicht etwa von den Centumviren die

---

39) 4, §. 16.
40) Gaji instit. 4, §. 94.
41) Ebendas. 4, §. 16.
42) Theophilus 1, 5 am Ende. Boeth. ad Topic. comment. 1.
43) Gaji instit. 1, §. 134. Gell. noct. Attic. 5, 19.

Rede ist, gewöhnlich diese fingirte legis actio, das heißt, ein Rechtsgeschäft mit einer vindicatio verstanden, also die cessio in jure, die manumissio per vindictam, und jene Art der Adoption [44]). In diesem Sinne kann z. B. noch Gellius im Präsens sagen, cum lege agitur [45]).

Da bei der cessio in jure der Ritus der wirklichen Vindication, das Herbringen und Anfassen der Sache, beibehalten wurde [46]), so folgt daraus, daß die cessio in jure eigentlich auch nur bei res corporales anwendbar war: und Gajus sagt das sehr bestimmt in einer Stelle, wo die Rede davon ist, daß bei den Obligationen keine cessio in jure Statt finde,

> nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo *eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur* id efficere possum [47]).

§. 5.

3) Die dritte Eigenheit bei der rei vindicatio ist, daß während des Processes, ehe noch bewiesen oder auch nur wahrscheinlich gemacht ist, welcher von beiden Theilen Eigenthümer sey, der Eine davon den Besitz erhält (Praetor interim aliquem possessorem constituit).

Für diese vorläufige, gerichtliche Einweisung in den Besitz, kommt im Römischen Processe eine doppelte Form vor.

Die ältere, die zu der legis actio gehörte (§. 3.), war die, daß über den Besitz in dem Processe über das Eigen-

44) Gaji instit. 2, §. 24. L. 3. D. de offic. procons. 1, 16. L. 4. D. de adopt. 1, 7. L. 1. D. de offic. jurid. 1, 20. L. 1. C. de adopt. 8, 48. Paulli sentent. 2, 25, 4. Amian. Marcellin. 22, 7.

45) 20. 10.

46) Is, cui res in jure ceditur *rem tenens* dicit: Gaj. 2, §. 24.

47) 2, §. 38.

thum selbst erkannt wurde, nachdem nämlich die vindicatio vorgenommen war, (Praetor vindicias dabat oder vindicias dicebat). Durch dieses Erkenntniß wurde nach der besonderen Form der legis actio nicht bloß darüber entschieden, wer besitzen solle, sondern auch zugleich darüber, wer in dem jetzigen Processe Kläger und wer Beklagter seyn solle: denn bei der legis actio traten im Anfange beide Partheien als Kläger auf, weil nach der Idee des Vindicationsverfahrens keiner die Sache in Händen hatte, sondern diese frei im Gerichte lag und von dem Einen so gut als von dem Andern vindicirt wurde (vindicatio und contravindicatio) [48]), und es mußte jedesmal erst der Eine von Beiden zum Beklagten gemacht werden [49]). Derjenige nun, der von dem Prätor den Besitz erhielt (possessor), wurde Beklagter, und der Andere wurde Kläger (petitor). Hier kam also eine gerichtliche Einweisung in den Besitz, da sie zum Hauptverfahren gehörte und unentbehrlich war um die Partheirollen zu bestimmen, bei jedem Processe über das Eigenthum vor, der Beklagte war immer zugleich der gerichtlich in den Besitz Eingewiesene, der juristische Besitzer; und so hatte denn bei der legis actio das Wort possessor keine doppelte Bedeutung, nämlich »juristischer Besitzer« und »Beklagter bei der actio in rem«, sondern nur eine einzige, worinn Beides vereinigt war.

Nach welchen Grundsätzen bei der legis actio die Einweisung in den Besitz ertheilt ist, namentlich ob man dabei irgend auf früheren factischen Besitz Rücksicht genommen haben mag, ist unbekannt [50]): denn die angebliche Stelle aus

---

48) Ebendas. 4, §. 16.

49) Darauf geht in ihrem ursprünglichen Sinne die alte Rechtsregel, Inter litigantes non aliter lis expediri potest quam si alter petitor alter possessor sit.

50) Praetor secundum *alterum* eorum vindicias dicebat. Gaji instit. 4, §. 16.

den zwölf Tafeln, secundum eum qui possidet vindicias dato, scheint auf keinem historischen Grunde zu beruhen, und in der Stelle bei Asconius, et ideo qui eam (rem) tenet satisdat pro praede litis vindiciarum adversario suo [51]), ist der, qui rem tenet, nicht der factische Besitzer, vor dem Processe, sondern der vom Prätor ernannte Possessor [52]). In der Rede pro Caecina, wo das alte Vindicationsverfahren vorkommt, wird zwar beiläufig bemerkt, daß Aebutius den Besitz nicht erhalten haben würde [53]): aber der Grund ist nicht dabei gesagt und läßt sich auch aus dem übrigen Inhalte der Rede nicht mit Sicherheit abnehmen.

Die zweite, neuere, Form, die sich bei dem Verfahren per formulas findet [54]), ist die, daß über den interimistischen Besitz der Sache nicht beiläufig in dem Processe über das Eigenthum, sondern in einem eigenen vorgängigen Verfahren erkannt wird, nämlich durch die interdicta uti possidetis und utrubi. Daß hierin, in der Regulirung des Besitzstandes während des Processes über das Eigenthum und in der Bestimmung, wer bei der Eigenthumsklage possessor und petitor seyn soll, der wahre ursprüngliche Zweck jener Interdicte bestanden hat, daß sie also bei dem Verfahren per formulas gerade eben dasselbe gewesen sind, was bei der legis actio die datio vindiciarum war, dafür sind

51) Zu Cicero in Verr. I, 45.

52) Gaj. 4, §. 16 und §. 94.

53) Si facta vis esset moribus, (Aebutius) superior in possessione retinenda non fuisset: c. 1.

54) Damit ist nicht gesagt, daß die interdicta uti possidetis und utrubi — was wir nicht wissen — gerade erst seit der Abschaffung der legis actio entstanden wären. Sie können sich gar wohl schon neben früher der datio vindiciarum gebildet haben und statt der datio vindiciarum gebraucht seyn.

die bestimmtesten Zeugnisse vorhanden [55]. Bisher konnte man vielleicht dawider einwenden, daß dieser Zweck schon durch die datio vindiciarum erreicht worden sey: wiewohl sich auch darauf erwiedern ließ, daß sich gar wohl neben einem Institute des jus civile ein anderes prätorisches Institut zu einem und demselben Zwecke habe bilden können, sowie z. B. die Tradition der res mancipi mit der actio publiciana neben der mancipatio und der cessio in jure oder das Testament vor sieben Zeugen neben dem Testament per aes et libram, besonders wenn die Grundsätze, wornach der Besitz bei der datio vindiciarum und bei den Interdicten ertheilt ist, verschieden gewesen seyn sollten. Jetzt, seit der Entdeckung von Gajus, wissen wir nun aber, daß bei dem Verfahren per formulas gar keine datio vindiciarum Statt gefunden hat (§. 3.); und damit fällt nicht nur jener Einwurf weg, sondern es wird auch dadurch das Zeugniß der Römischen Juristen noch mehr bestätigt, denn es ist nicht glaublich, daß bei dem Verfahren per formulas nichts da gewesen seyn sollte, was an die Stelle der datio vindiciarum bei der legis actio getreten wäre, da doch von der legis actio her die alte Regel, daß bei der actio in rem erst ein petitor und ein possessor bestimmt werden müsse [56], und die alte Caution pro lite et vindiciis, die der possessor dem petitor leistete [57], stehen blieb. Selbst die Formel der interdicta uti possidetis und utrubi, worin zwei Personen auf gleiche Art angeredet werden [58], und das ganz eigene

---

55) Gaji instit. 4, §. 148, verglichen mit 4, §. 16. §. 4. J. de interdict. 4, 15. Theophilus ebendas. L. 1. §. 2 und 3. D. uti possid. 43, 17. L. 35. D. de acq. poss. 41. 2. L. un. C. uti possid. 8, 6. Analogisch gehören auch hierher L. 1. §. 45. D. de aqua quotid. 43, 20. L. 3. §. 13. D. de itin. 43, 19.

56) §. 4. J. de interdict. 4, 15. L. 62. D. de judic. §. 1.

57) Gaji inst. 4, §. 94.

58) Gaji instit. 4, §. 160.

Verfahren, daß beide Partheien Kläger und Beklagte zugleich sind — nicht bloß in dem Sinne, daß etwa nur der Beklagte ebenfalls condemnirt werden könnte, sondern durchgängig bei allen Proceßhandlungen [59] —, deutet darauf hin, daß sie dem ehemaligen Vindicationsverfahren nachgebildet sind, wo gerade eben so zwei Kläger und Anreden an zwei Personen (ite viam, redite viam [60]), mittite ambo hominem [61]) vorkommen: und eben derselbe Ausdruck, der sich als Kunstwort bei dem interdictum uti possidetis und utrubi findet, retinendae possessionis [62]), wird bei Cicero von der datio vindiciarum gemacht [63]). Auch die Bemerkung von Ulpian [64]), daß man die rei vindicatio fallen lassen und nachher noch das interdictum uti possidetis anstellen dürfe, weil die Anstellung der rei vindicatio keinen Verzicht auf die possessio enthalte, kann dabei wohl keine Schwierigkeit machen: denn diese Bemerkung scheint sich nur darauf zu beziehen, daß nach der Meinung von Ulpian, die er in einer andern Stelle [65]) gegen ältere Juristen vertheidigt, die rei vindicatio nicht bloß gegen den possessor (den juristischen Besitzer) sondern auch gegen den detentor Statt findet, wovon nun eine Anwendung ist, daß man durch die Anstellung der rei vindicatio den Gegner nicht als possessor, d. h. als denjenigen, dem im Interdictverfahren der Besitz zugesprochen werden müsse, anerkannt. Uebrigens hat die obige Ansicht von dem Zwecke der interdicta uti possidetis und utrubi gar keine Gemeinschaft mit einer andern, offenbar ir-

---

59) Ebendas. 4, §. 166 bis 168. Theophilus 4, 15, §. 4. L. 1. §. 3. D. uti possid. 43, 17.

60) Cicero pro Muraena, c. 12.

61) Gaji inst. 4, §. 16.

62) §. 4. D. de interd. 4, 15.

63) Pro Caecina, c. 1. superior *in retinenda possessione.*

64) L. 12, §. 1. D. de acq. poss. 41, 2.

65) L. 9. D. de rei vind. 6, 1.

rigen, Ansicht, daß nämlich der Klaggrund bei jenen Interdicten ein präsumtives Eigenthum sey: und sie verträgt sich vollkommen mit dem Satze, nihil commune habet proprietas cum possessione. Die vorläufige Einweisung in den Besitz wird zwar zur Regulirung des Processes über das Eigenthum aber nicht wegen des Eigenthums ertheilt, sondern nach ganz andern, positiv bestimmten factischen Umständen.

Diese Umstände, nach denen sich die Einweisung in den Besitz beim Interdictverfahren richtete, sind folgende:

a) Bei Mobilien wurde bis auf Justinian derjenige possessor, der die Sache im letzten Jahre vor der Klage längere Zeit als der Andere besessen hatte [66]. Auf Besitz zur Zeit der Klage kam hier nichts an: hatte z. B. der Eine seit fünf Monaten besessen, der Andere aber war in den ersten sieben Monaten im Besitze gewesen, so wurde dem Ersteren der Besitz genommen und dem Letzteren gegeben [67].

b) Bei Grundstücken wurde derjenige possessor, der zur Zeit der Klage im Besitze war.

c) Beide Regeln litten alsdann eine Ausnahme, wenn derjenige, der bei Grundstücken zur Zeit der Klage besaß oder bei Mobilien am längsten im letzten Jahre besessen hatte, in diesen Besitz vitiose, d. h. vi, clam oder precario, gelangt war, und zwar gegen den Anderen selbst. Hier wurde dem, der vitiose besaß, der Besitz genommen und der Andere, der nicht besaß, zum possessor gemacht: also in diesem Falle kam es auch bei Grundstücken nicht auf Besitz zur Zeit der Klage an. Dieser dritte Satz ist theils in dem — in der Formel des Interdicts nicht ausgesprochenen — Gegensatze von den Worten *sine vitio* possidenti vim fieri veto, theils ausdrücklich in L. 3. pr. D. uti possidet (43. 17.) — *si a me possides* superior sum interdicto — urtheilen: und

66) Gaji instit. 4, §. 150.

67) Theophil. 4, 15, §. 4.

man darf dabei wohl nicht die Einschränkung machen, daß er nur zum Besten des Beklagten und nicht des Klägers gegolten habe, denn da beide Partheien Kläger und Beklagte zugleich sind [68]), so kann darinn überhaupt kein Unterschied liegen, und der Satz wird auch in L. 3. uti poss. nicht vom Beklagten, sondern ganz allgemein aufgestellt. Etwas Besonderes ist aber dabei, daß dieser Satz, wenn er zur Anwendung kam, doch beim Interdictverfahren nicht als Klaggrund ausgesprochen wurde: z. B. daß bei dem interdictum uti possidetis immer gesagt werden müßte Ego possideo [69]), und nicht etwa Adversarius vitiose a me possidet. Hieraus, aus der Beziehung auf den formellen Klaggrund, was bei den Römischen Juristen oft geschieht [70]), erklärt sich die Stelle von Ulpian L. 1. §. 4. D. uti possidet, die sonst mit L. 3. pr. in demselben Titel geradezu im Widerspruch stehen würde. Höchst wahrscheinlich hängt jene Fassung der Formel mit einer älteren, nachher abgeänderten, Theorie des Besitzes zusammen, wonach derjenige, gegen den ein Anderer vi, clam oder precario in den Besitz gelangt war, den Besitz nicht verlor, sondern alsdann Beide besaßen, der Eine juste und der Andere injuste, und wovon sich noch die Spuren in einigen Pandectenstellen finden [71]): nach dieser Theorie war also unter den Worten Ego possideo der Fall einer vitiosa possessio des Gegners mit begriffen. Etwas Aehnliches, daß die Formel von dem eigentlichen Sachverhältniß verschieden ist, kommt auch bei dem interdictum

---

68) Daß damit nicht bloß die Möglichkeit einer Condemnation des des Klägers gemeint ist, siehe oben not. 59.

69) L. 1. §. 3. D. uti possid. 43, 17. Theophilus 4, 15, §. 1 und §. 4.

70) Vergleich unten in diesem §. die Bemerkungen über das Kunstwort retinendae possessionis.

71) L. 3. §. 5. D. de acq. poss. 41, 2. L. 3. pr. D. uti possid. L. 15, §. 4. L. 19. pr. D. de precar. 43, 26.

unde vi vor, wo der Beklagte, wenn er den Klaggrund läugnen wollte, immer behaupten mußte se restituisse, auch wenn er gar nicht dejicirt hatte [72]. Uebrigens mag man die Formel erklären wie man will, der Grundsatz selbst, daß beim Interdictverfahren dem vitiosus possessor der Besitz genommen wird, läßt sich nicht bezweifeln; und in so weit hat also die Regel der Praxis, daß es bei dem possessorium ordinarium auf älteren und besseren Besitz ankomme, ihre völlige Richtigkeit.

Daß es — um dieses hier beiläufig zu bemerken — auch ein Römisches summarissimum, eine abermalige interimistische Regulirung des Besitzstandes während des interdictum uti possidetis, gab, die sich aber nicht, wie in unserer Praxis, nach factischen Besitzhandlungen ohne Rücksicht auf illiquide vitia possessionis, sondern nach dem Meistgebote bestimmte, wissen wir erst aus Gajus [73].

Es kommen also beim Interdictverfahren zwei Fälle vor, wo nicht derjenige, der sich im Besitze befindet, in dem Besitze geschützt wird, sondern wo umgekehrt das Interdict ein Mittel ist, den verlorenen Besitz wieder zu erlangen: theils ganz unstreitig bei dem alten interdictum utrubi, wo Theophilus ausdrücklich von einer *restitutio* possessionis redet [74] und wobei die Formel des Interdicts, vim fieri veto quominus is eum hominem *ducat* [75] — wie beim interdictum de liberis ducendis, vim fieri veto quominus eum Lucio Titio ducere liceat, wenn sich das Kind im Hause des Gegners befand [76] — gerade speciell auf diesen Fall einer Restitution gerichtet war, ohne daß sich die geringste Spur von

72) Cicer. pro c. 8 und 19.
73) 4, §. 166—168.
74) 4, 15, §. 4.
75) Gaji inst. 4, §. 160.
76) L. 3. pr. D. de lib. exh. 43, 17.

einer Fiction findet, vermöge welcher der verlorene Besitz als nicht verloren betrachtet seyn sollte [77]), theils bei dem interdictum uti possidetis in dem Falle einer possessio vitiosa; und es würde in Ansehung des letzteren Falles in der Sache selbst auch keinen Unterschied machen, wenn man die oben versuchte Erklärung, daß in der Klagformel Ego possideo die possessio vitiosa des Gegners mit begriffen sey, nicht billigt und statt dessen die Restitution als Folge einer exceptio betrachtet [78]), da die exceptio nec vi nec clam nec precario ein für alle Mal in der Formel des Interdicts enthalten und jeder streitende Theil Beklagter ist, also auch die exceptio immer zur Restitution führt (si tu vi aut clam a me possides, *superior sum interdicto*).

Hieraus folgt dann nun, daß der Unterschied zwischen dem interdictum uti possidetis und utrubi und den interdictis recuperandae possessionis nicht darin liegt, daß dort wegen einer bloßen Besitzstörung ohne Besitzentziehung, hier aber wegen einer Besitzentziehung geklagt werde, und daß derselbe überhaupt nicht in einer Verschiedenheit des Klaggrundes gesucht werden kann, da das interdictum uti possidetis und utrubi die sämmtlichen Klaggründe der drei recuperatorischen Interdicte — de vi, de clandestina possessione, und de precario — mit unter sich begreift. Der

77) Gaji inst. 4, §. 150.

78) Läßt sich aber diese Annahme, daß der Kläger wegen einer exceptio des Beklagten condemnirt werde, mit dem Römischen Processe vereinigen? Die Erklärung, die exceptio nec vi sey ein reconveniendo angestelltes interdictum unde vi, reicht nicht aus, denn zum interdictum unde vi wird mehr erfordert als zu der exceptio nec vi (L. 1. §. 3. D. de vi 43, 16) und bei dem interdictum utrubi hat die possessio vitiosa des Gegners ganz dieselbe Folge, obgleich das interdictum unde vi nicht bei Mobilien Statt fand. Theophilus (4, 15, §. 1.) sagt, daß die Worte nec vi nec clam nec precario zum Klaggrunde gehört haben.

Unterschied scheint vielmehr nur historisch in dem besonderen Zwecke der interdicta uti possidetis und utrubi zu bestehen, daß sie nämlich, wie oben bemerkt ist, bei dem Verfahren per formulas die Stelle der datio vindiciarum bei der legis actio ersetzen und den petitor und possessor bei einem Processe über das Eigenthum bestimmen sollen, während die interdicta recuperandae possessionis gewöhnliche actiones ex delicto, nur in der Interdictform, sind: was denn wieder einen anderen Unterschied zur Folge hat, daß die interdicta uti possidetis und utrubi, als Nachahmung des Vindicationsverfahrens mit zwei Klägern und als ein Proceß über die Frage *uter* possidere et *uter* petere debeat [79], interdicta duplicia, hingegen die interdicta de vi und de precario, wie andere gewöhnliche Klagen, interdicta simplicia sind. Kam nun bei der Frage, wer während des Processes über das Eigenthum possessor seyn solle, der Fall einer widerrechtlichen Besitzentziehung, eines vi, clam, precario, vor, so wandte hier der Prätor sehr natürlich dieselben Grundsätze an, nach denen außerdem, also bei dem interdictum de vi, de clandestina possessione und de precario, über die Restitution eines widerrechtlich entzogenen Besitzes erkannt wurde. Hierin, nicht in Besitzstörung und Besitzentziehung, wird denn auch von den Römischen Juristen selbst der Begriff der interdicta uti possidetis und utrubi im Gegensatze von den interdictis recuperandae possessionis ausdrücklich gesetzt [80]: und von einer Besitzstörung oder überhaupt von einer besonderen Widerrechtlichkeit des Gegners, die an und für sich kein delictum und eine obligatorische Handlung wäre, wie bei dem interdictum de vi von der dejectio, ist bei dem interdictum uti possidetis und utrubi weder bei der Veranlassung der Klage, noch beim Klaggrunde, noch beim Beweissatze die Rede, sondern es wird

79) §. 4, J. de interd. 4, 15.
80) Ebendas. und Gaji inst. 4, §. 148.

gesagt, die Veranlassung des Processes sey, cum de proprietate controversia sit et ante quaeratur uter possidere et uter petere debeat [81]), der Klaggrund sey Ego possideo [82]), der Beweissatz, possessionem ad me pertinere [83]), und das Erkenntniß, uter possideat [84]). Wie könnte es auch nach Römischen Rechtsbegriffen ein delictum seyn, wenn bei dem interdictum utrubi jemand, der eine Mobilie seit fünf Monaten im Besitz hat, vielleicht bona fide und justo titulo, dieselbe nur einem Dritten, der nicht einmal sein Recht bescheinigt, nicht sofort herausgeben will? Freilich kommen in der Formel der beiden Interdicte die Worte *vim fieri* veto vor: aber damit ist keine Besitzstörung, sondern nur der Umstand gemeint, daß der Andere es nicht zugeben will, daß ich während des Eigenthumsprocesses possessor seyn soll, mit anderen Worten, daß er mein Gegner im Processe über den Besitz ist (si contendit de possessione, wie es L. 1. §. 3. uti possid. ausdrückt), denn diese Worte, vim fieri veto, sind die allgemeine Formel bei allen prohibitorischen Interdicten, auch da wo von Besitzstörung gar keine Rede seyn kann, z. B. bei dem interdictum de glande legenda [85]), bei dem interdictum *adipiscendae* possessionis de itinere [86]), bei dem interdictum de liberis ducendis [87]), und insbesondere bei dem interdictum utrubi, wenn der Gegner den Sclaven seit Monaten im Hause hat (*vim* fieri veto quominus is hominem *ducat*). Daß man übrigens die interdicta uti possidetis und utrubi — besonders das erste, denn bei Mobilien wird ein practischer Fall der Art nicht leicht vorkommen — mitunter auch wohl ohne die Absicht, hinterher über das Eigenthum zu processiren, und bloß deshalb gebrauchte, um gegen Besitzstörungen geschützt zu werden [88]), weil man wegen einer Besitzstörung kein besonderes Interdict hatte, wie das interdictum de vi und de precario bei einer Besitzentziehung, verträgt sich mit der obigen Ansicht recht gut: man ließ sich die Einweisung in den Besitz so zusprechen, als wolle man sie interimistisch während eines Pro-

81) §. 4. J. de interd. 4, 15. L. 1, §. 3. D. uti poss. 43, 17.
82) L. 1, §. 3. cit. Theophilus 4, 15, §. 4.
83) Gaji inst. 4, §. 167 und 168.
84) L. 35. D. de acq. possess. 41, 2.
85) L. 1. pr. D. de gland. leg. 43, 28.
86) L. 2, §. 3. D. de interd. 43, 1.
87) L. 3. pr. D. de lib. exhib. 43, 30.
88) L. 3, §. 2 und §. 4. D. uti possid.

cesses über das Eigenthum haben, und erreichte dadurch den individuellen Zweck, gegen Turbationen gesichert zu seyn. Nur kann nach den Zeugnissen der Römischen Juristen dieser letztere Zweck nicht die Hauptsache gewesen seyn: und wenn jener andere Zweck, die Bestimmung des petitor und possessor bei der Eigenthumsklage, uns heutzutage fremdartig vorkommt, so darf man dabei nicht vergessen, daß zu der Zeit, wo die interdicta uti possidetis und utrubi ihre Entstehung erhielten, iedermann von der legis actio her es als etwas, das gar nicht anders seyn könne, ansah, daß bei der actio in rem erst der petitor und der possessor bestimmt und darüber erkannt werden müsse [89]).

Sind die interdicta uti possidetis und utrubi in manchen Fällen Klagen auf die Wiedererlangung eines verlorenen Besitzes, so kann denn endlich auch das Kunstwort interdicta *retinendae* possessionis nicht bedeuten, daß der Kläger gegenwärtig, zur Zeit der Klage, im Besitze seyn müsse, was auf jeden Fall dem Wesen des alten interdictum utrubi geradezu entgegen seyn würde. Es scheint sich vielmehr mit der Eintheilung der possessorischen Interdicte in die drei Classen interdicta adipiscendae, retinendae und recuperandae possessionis so zu verhalten. Adipiscendae possessionis heißen die Interdicte alsdann, wenn der Kläger sich in der Formel weder auf eine Besitzentziehung durch den Gegner, noch auf einen früher gehabten Besitz, sondern auf ein anderes Factum, z. B. bei dem interdictum quorum bonorum auf einen Befehl des Prätors, bei dem interdictum Salvianum auf die inductio pignoris causa, gründet, also den Besitz zum ersten Male erlangen (adipisci) will [90]). Retinendae possessionis heißen sie, wenn sich der Kläger in der Formel auf einen früher gehabten Besitz gründet, sey es nun auf einen Besitz, den er jetzt noch hat (interdictum uti possidetis), oder den er früher einmal gehabt hat (interdictum utrubi), wenn er also diesen Besitz ferner haben (retinere) will — denn das Wort adipisci geht in diesem Gegensatze nur auf den ersten Erwerb des Besitzes [91]) —: und dabei kommen zwar auch Fälle von einer widerrechtlichen Besitzentziehung durch den Gegner vor, sie

89) §. 4. J. de interd. 4, 15. L. 62. D. de judic. 5, 1.

90) L. 2, §. 3. D. de interd. 43, 1. §. 3. J. eod. 4, 15. Gaji inst. 4, §. 144.

91) S. die Stelle in der vorigen Note.

werden aber in der Formel nicht ausgesprochen, sondern durch die Worte possideo und possedi majore parte anni — nämlich als justus possessor [92]) — mit ausgedrückt. Recuperandae possessionis endlich heißen die Interdicte, wenn der Kläger sich in der Formel auf eine Besitzentziehung durch den Gegner gründet, z. B. auf eine dejectio, also den Besitz wieder haben (recuperare) will. Die Worte retinere und recuperare bezögen sich mithin nach dieser Ansicht, nicht auf die Sache selbst, sondern auf die Formel, je nachdem man sich auf eine Entziehung des Besitzes beruft oder nicht, gerade so wie es bei einer anderen, daneben vorgetragenen, Eintheilung der Interdicte in prohibitoria, exhibitoria und restitutoria nur auf das Wort Restituas in der Formel ankommt und das interdictum utrubi wegen der Formel vim fieri *veto* quominus is hominem ducat ein interdictum prohibitorium ist, obgleich dieses veto quominus ducat zu einer wahren restitutio [93]) führt: und diese Beziehung ist um so natürlicher, da die interdicta, wie die actiones, nicht als Klagrechte sondern als formulae vorgetragen werden [94]), also die Eintheilung derselben eigentlich eine Eintheilung der formulae ist. Man könnte auch das Wort retinere noch auf eine andere Art erklären, nämlich daß es sich überhaupt nicht auf früheren Besitz vor diesem Processe, sondern bloß darauf bezöge, daß jemand während des Processes über das Eigenthum besitzen soll, *interim* possidere, wofür wir im Deutschen ebenfalls den Ausdruck „den Besitz behalten“ gebrauchen würden: und dafür ließe sich der Grund anführen, daß in diesem Sinne das Wort possessionem retinere bei Gajus von dem interimistischen Besitze während des interdictum uti possidetis vorkommt [95]), der sich gar nicht nach früherem Besitze sondern nach dem Meistgebote bestimmt. Indessen scheint für die erste Erklärung der Umstand zu entscheiden, daß das interdictum de itinere, dessen Zweck immer in der Regulirung des interimistischen Besitzes besteht [96]), das also immer ein interdictum retinendae possessionis in jenem zweiten Sinne seyn würde, nur in dem Falle, wenn sich der Kläger auf seinen eigenen,

---

92) S. oben not. u.

93) Theophil. 4, 15, §. 4.

94) pr. J. de interd. 4, 15.

95) 4, §. 167.

96) L. 3, §. 13. D. de itin. 43, 19.

früher gehabten Besitz gründet, ein interdictum retinendae und außerdem ein interdictum adipiscendae possessionis ist [97]).

Der alte Rechtssatz von der legis actio, daß bei der actio in rem der possessor Beklagter werde, blieb zwar bei dem Verfahren per formulas stehen, erhielt aber hier mit der Zeit einen anderen Sinn. Da nach dem Verfahren per formulas die quaestio, uter possidere et uter petere debeat, — das interdictum uti possidetis und utrubi — eine besondere von der rei vindicatio getrennte Klage war und bei der rei vindicatio selbst nicht mehr zwei Kläger auftraten, von denen erst der eine zum Beklagten gemacht werden müßte, so fing man an, z. B. in einem Falle wo man durch das Interdict doch nicht obsiegen konnte, das Interdict auch wohl ganz zu übergehen und sogleich die rei vindicatio als petitor anzustellen, so daß es zu gar keiner gerichtlichen Einweisung in den Besitz kam. Der possessor in der alten Rechtsregel war nun also nicht mehr, wie bei der legis actio, der in den Besitz gerichtlich Eingewiesene, der juristische Besitzer, sondern wurde derjenige, bei dem nur die factische Möglichkeit einer restitutio Statt fand, d. h. der die Sache in Händen hatte, der detentor: und so bekam possessor und possessio eine doppelte, ganz verschiedene, Bedeutung, nämlich einmal das Verhältniß des Beklagten bei der rei vindicatio (die Detention, possessio naturalis) und zweitens die gerichtliche Einweisung in den Besitz durch die Interdicte (der juristische Besitz, possessio im engeren Sinne). Man sieht indessen aus einer Pandectenstelle [98]), daß jene Frage bis auf Ulpian streitig gewesen ist und daß ältere Juristen den possessor bei der rei vindicatio fortdauend in dem ehemaligen Sinne, für den juristischen Besitzer, genommen haben.

Im neueren Rechte kommt daher bei der rei vindicatio zweierlei vor, das unter die gegenwärtige dritte Rubrik (Besitz) gehört:

einmal der Satz, daß die rei vindicatio immer gegen den Besitzer der streitigen Sache (possessor naturalis, detentor) angestellt werden muß [99]):

zweitens das Rechtsinstitut der eigentlichen *possessio* (juristischer Besitz), die vorläufige, gerichtliche Einweisung

97) L. 2, §. 3. D. de interd. 43, 1.

98) L. 9. D. de rei vindic. 6, 1.

99) L. 25. pr. D. de oblig. et act. 44, 7.

in den Besitz bis zu ausgemachter Sache, wobei — und darin liegt eben das Characteristische — der Besitz nicht als Folge eines anderen — dinglichen oder persönlichen, bewiesenen oder präsumtiven — Rechtes, sondern als etwas für sich Bestehendes, gerade ein Gegensatz vom Rechte (causa possessionis) und causa proprietatis, quaestio de facto und quaestio de jure [1]) ertheilt wird. Ein Institut, dessen Ursprung wohl in nichts Anderem zu suchen ist, als in jener Eigenheit des alten Römischen Processes, daß nach der legis actio bei der Eigenthumsklage die streitige Sache im Gerichte lag und beide Partheien als Kläger auftraten, also zuerst ein Erkenntniß darüber erfolgen mußte, wer Besitzer und Beklagter seyn solle: worauf denn auch die Stellung der Lehre im Institutionensystem hindeutet, in welchem die Theorie vom Besitze bei Gelegenheit der quaestio uter possidere et uter petere debeat abgehandelt wird [2]).

Beides, sowohl der Satz, daß die Klage contra possessorem geht, als das Institut der possessio, kommt nur bei res *corporales* vor: denn nach der Ansicht der Römischen Juristen kann ein Besitz — natürlicher so gut als juristischer — bei keinem andern Objecte als bei einem corpus Statt finden [3]).

§. 6.

Endlich sind noch zwei Eigenthümlichkeiten bei der Erwerbung der res corporales zu bemerken, die nicht, wie die cessio in jure, Folgen der Proceßform sind: nämlich

4) der Grundsatz, daß bei Geschäften unter Lebenden das Eigenthum nicht durch den bloßen Vertrag, sondern erst durch die Uebergabe der Sache, traditio, auf den Andern übergeht: und

5) die acquisitive Verjährung, usucapio und praescriptio longi temporis.

Daß sowohl die Tradition als die Verjährung nur bei den res *corporales* vorkommt, wird mehrmals ausdrücklich gesagt [4]) und folgt schon daraus, daß die Tradition

---

1) L. 2, §. 3. si servit. vindic. 8, 5.

2) §. 4 und 5. J. de interd. 4, 15. Gaji instit. 4, §. 148 bis 153.

3) L. 3. pr. D. de acq. poss. 41, 2. L. 4. §. 27. D. de usurpat. 41, 3. Theophil. 4, 15, pr.

4) L. 43, §. 1. D. de acq. dom. 41, 1. L. 9. D. de usurpat. 41, 3. Gaji inst. 2, §. 19 und 28.

eine Besitzergreifung und die Verjährung ein Erwerb durch fortgesetzten Besitz ist (§. 5 am Ende).

§. 7.

Es folgen zwei andere actiones in rem,

B. die Klage wegen des Nießbrauchs (si ususfructus petatur) und die Klage wegen der Realservituten (si servitus vindicetur).

Einen besonderen Namen haben diese beiden Klagen ebenfalls nicht, sondern sie heißen, wie der Gattungsbegriff (§. 1.) und wie die Klage über das Eigenthum an res corporales (§. 2.), *actio in rem* [5]: und um sie näher zu bezeichen wird nur dabei gesagt, daß hier wegen eines Nießbrauchs oder wegen einer Servitut in rem geklagt werde. Der Ausdruck actio *confessoria* ist kein Kunstwort, das eine besondere Beziehung auf den Begriff Servitut oder auf den Begriff jus hätte: die rei vindicatio ist eben so gut eine actio in rem confessoria [6], das heißt eine actio in rem wo der Kläger behauptet, daß ihm etwas zugehört; nur pflegt sie nicht so genannt zu werden, weil dabei der Gegensatz, die actio in rem *negatoria*, nicht vorkommt [7].

§. 8.

Wenn man die Klagen wegen des Nießbrauchs und der Realservituten mit der rei vindicatio vergleicht, so ergiebt sich hier Folgendes.

Man findet zuförderst, daß die Grundansicht, auf der die ganze Klage beruhet, nicht die ist, daß aus dem Nießbrauche und aus der Realservitut, als einem besonderen Rechte an der res corporalis im Gegensatz vom Eigenthume, geklagt werde, sondern der Nießbrauch und die Realservitut wird als Sache, (res incorporalis), als Gegenstand des Eigenthums, behandelt, und die actio in rem wird nun aus dem Eigenthume an dieser res incorporalis angestellt, ganz so wie die rei vindicatio aus dem Eigenthume an einem Hause oder einem Sclaven. Recht augenscheinlich zeigt sich dies in der Darstellung bei Theophilus [8] ein Institutionentitel de actionibus, wo die verschiedenen actiones in rem neben einander gestellt und er-

---

5) L. 5. §. 1 und 2. D. si ususfr. pet. 7, 6. L. 2. pr. und §. 1. D. si servit. vind. 8, 5.

6) Theophil. 4, 6, §. 2.

7) §. 2. J. de action. 4, 6.

8) 4, 6, §. 2.

klärt werden: hier ist nirgends ein Gegensatz zwischen Servitut und Eigenthum gemacht, sondern der Unterschied der rei vindicatio und der Klagen über die Servituten wird immer nur in die Verschiedenheit der vindicirten Sache gesetzt, daß diese entweder eine res corporalis, zum Beispiel ein Acker oder ein Sclave, oder eine res incorporalis, zum Beispiel ein Nießbrauch oder eine Realservitut, sey. Eben dieselbe Ansicht von dem Nießbrauche und der Realservitut geht durch das ganze Rechtssystem: überall kommen sie nicht als Rechte neben dem Eigenthum, sondern als Sachen neben anderen Sachen und als Gegenstände des Eigenthums vor, in dem Titel de acquirendo rerum *dominio*, mitten unter den res corporales neben Feldern und Sclaven [9]: und das Eigenthum (nostrum [10]) an einem corpus und an einer Servitut wird der obligatio als ein Begriff entgegengesetzt [11]. Auch das Substantiv dominium (dominium ususfructus, dominium servitutis) wird in mehreren Stellen [12]) gebraucht, wiewohl darauf wenig ankommt, da das Eigenthum in den Klagformeln niemals durch das Wort dominium (§. 2.) und auch sonst öfterer durch res mea est res alicujus fit als durch dominium ausgedrückt wird. Also der Klaggrund bei der actio in rem wegen des Nießbrauchs und der Realservituten und der Klaggrund bei der rei vindicatio ist einer und derselbe, Eigenthum: und so lautet denn auch die Formel bei der Klage [13]) und beim Eide [14]) buchstäblich wie bei der rei vindicatio, usumfructum *meum esse*.

Man findet bei den Servituten ferner, daß nicht nur der Klaggrund in einem Eigenthume besteht, sondern daß sich bei diesem Eigenthume auch alle diejenigen Rechtsinstitute wiederfinden, die oben als Eigenheiten bei der rei vindicatio vorgekommen sind und die theils nach der Natur der Sache, theils nach der bestimmt ausgesprochenen An-

9) Ulpian. fragm. tit 19, §. 1, 11, 12. Gaji inst. 2, §. 17, 28, 29, 30 und folg.

10) S. §. 2 am Ende.

11) L. 3. pr. D. de obl. et act. 44, 7.

12) Der ganze Titel de *dominiis* et acquisitionibus rerum in Ulpians Fragmenten L. 3. D. si usufr. pet. 7, 6. L. 8. pr. D. de reb. auctor. jud. 42, 5 L. 15, §. 8. D. quod vi 43, 24. L. 2, §. 2. D. de interdict. 43, 1.

13) Theophil. 4, 6, §. 2. L. 1, §. 26. D. de acq. quotid. 43, 20.

14) L. 11, §. 2. D. de jurej. 12, 2.

sicht der Römischen Juristen nur bei res corporales angewendet werden können. Um dieses möglich zu machen, ist denn hier an die Stelle der Wirklichkeit (verum) eine Fiction oder eine Analogie (quasi, velut) gesetzt.

Schon 1) in der Grundidee res *incorporalis*, in der Behandlung eines Rechts als Sache, liegt gewissermaaßen ein quasi, eine Ausdehnung des eigentlichen Begriffes res. Wirkliche res, res quae *sunt*, sind nur die res corporales, die auch im engeren Sinne allein so heißen, im Gegensatze von jura [15]: die res incorporales sind res quae *intelliguntur* [16], ein künstlicher, erst den Zeiten eines feineren Systems eigener Begriff. Besonders zeigt sich hier das quasi alsdann, wenn nun die Sätze bei der rei vindicatio, daß eine *restitutio rei* erfolgen und daß res *et fructus* herausgegeben werden müssen, auf die res incorporales angewendet werden sollen: es sind positive Bestimmungen nöthig, was bei der Servitut unter der res und der praestatio rei [17]) und unter dem fructus zu verstehen sey [18]), und der Jurist wirft selbst die Frage auf, Qui possunt esse fructus servitutis?

2) Bei dem Nießbrauche und der Realservitut findet sich, wie bei den res corporales, die cessio in jure (§. 4.) als Uebertragung des Rechts [19]). Die Form davon kennen wir zwar nicht, da in dem Manuscripte von Gajus gerade das Blatt fehlt, wo vermuthlich von der wirklichen Vindication der jura — im Processe nach der legis actio — die Rede gewesen ist [20]): sie kann aber nicht anders als vermöge einer Fiction geschehen seyn, da der Ritus der eigentlichen cessio in jure das Herbringen und Anfassen der Sache erforderte.

3) Da die fingirte Vindication, die cessio in jure, vorkommt, so muß auch bei den Servituten im Processe nach der legis actio die wirkliche Vindication (§. 3.), mit eben derselben Fiction, Statt gefunden haben, die bei allen actiones in rem eintrat [21]).

---

15) L. 14. pr. D. ut legat. servand. 36, 3. L. 3. C. de praescr. 30. ann. 7, 39.

16) Cicero Topic. c. 5.

17) L. 7. D. si serv. vind. 8, 5.

18) L. 4, §. 2. L. 6, §. 6 ebendas.

19) Gaji inst. 2, §. 29, 30.

20) Hinter 4, §. 17.

21) Ebendas. §. 16, 17.

4) Auf die Vindication der Servituten ist von der rei vindicatio der Satz, daß die Klage contra possessorem angestellt werden müsse — das heißt nicht gegen den Besitzer der res corporalis, woran die Servitut ausgeübt wird, sondern gegen den Besitzer der vindicirten Sache, der Servitut selbst —, übertragen worden. Der Beklagte heißt possessor, und es kommen positive Bestimmungen vor, wer so angesehen werden solle, als ob er das jus besitze, ein possessor juris [22] (§. 6).

Ins Besondere findet sich hier 5) eine Nachahmung des Institutes der juristischen possessio (§. 6.), eine *quasi* possessio der Servituten [23] und interdicta *veluti* possessoria [24], eine gerichtliche Einweisung in den Besitz des jus während des Processes über das dominium juris [25], nicht als Folge eines präsumtiven Servitutrechtes oder einer obligatorischen Handlung, sondern als etwas Selbstständiges (causa possessionis). Dabei ist ein Unterschied zwischen dem Nießbrauche und der Realservitut zu bemerken. Ueber den Besitz des Nießbrauches wird ganz in derselben Form verfahren, wie über den Besitz der res corporales, durch ein (utile) interdictum uti possidetis [26], also durch ein interdictum duplex zwischen dem Usufructuar und dem dominus proprietatis: bei den Realservituten hingegen — außer, was nicht hierher gehört, wenn das Interdict nicht wegen des jus sondern wegen des Grundstücks gebraucht und nur indirect auf den Besitz des jus eingewirkt wird [27] — findet das interdictum uti possidetis nicht Statt, sondern dafür sind eigene Interdicte gegeben, die interdicta de itinere, de aqua, de fonte, de haustu, und zwar immer interdicta simplicia, wobei nur der Servitutberechtigte und nicht der Inhaber des dienenden Grundstücks Kläger ist [28]. Der Grund nun, weshalb bei den Realservitu-

---

22) L. 6, §. 1. L. 8, §. 3. D. si serv. vind. 8, 5.
23) pr. J. de interd. 4, 15. L. 23, §. 2. D. ex quib. caus. maj. 4, 6. L. 10. pr. D. si serv. vind. 8, 5. L. 3. §. 17. D. de vi 43, 16. Gaji inst. 4, §. 139.
24) L. 20. in f. D. de servit. 8, 1
25) Auch hier wird dieses bestimmt als Zweck der Interdicta retinendae possessionis angegeben: L. 1, §. 26 und 45 D. de aqua quot. 43, 20. L. 3, §. 13. D. de itin. 43, 19.
26) L. 4. D. uti poss. 43, 17.
27) L. 8, §. 5. D. si serv. vindic.
28) Das Interdict für die rivales, das hier eine Ausnahme macht, geht nicht gegen den Eigenthümer des Grundstücks, sondern immer nur gegen einen anderen rivalis. L. 1. §. 26. D. de aqua quot. 43, 20.

ten nicht das interdictum uti possidetis, sowie es für die res corporales gegeben ist, angewandt wird, scheint sehr natürlich darin zu liegen, daß bei dem interdictum uti possidetis beide Partheien behaupten müssen, daß sie die streitige Sache besitzen (§. 5.), und dies der Eigenthümer des Grundstücks von einer Realservitut an seinem eigenen Grundstücke nicht sagen kann. Der Umstand aber, daß die für die Realservituten eingeführten neuen Interdicte nicht interdicta duplicia sind, würde sich vollkommen erklären, sobald man annimmt, daß nach der legis actio bei der Vindication der Realservituten keine contravindicatio mit der Formel Ajo meum esse [29]), sondern nur eine vindicatio der Servitut von der einen und ein Abläugnen von der andern Seite, also ein Kläger, vorgekommen ist, was die größte Wahrscheinlichkeit hat, eben weil der Eigenthümer des Grundstücks nicht sagen konnte, daß ihm die Realservitut an seinem Grundstücke zustehe, so wenig als, daß er sie besitze. Ist dieses nun so bei der legis actio gewesen, so ist es ganz in der Ordnung, daß das Interdict, als das Surrogat der datio vindiciarum, ebenfalls ein Verfahren mit einem Kläger ist. Bei dem Nießbrauche würde es freilich an sich mit beiden ganz dieselbe Bewandniß haben: aber hier tritt bei den Römischen Juristen die eigene Ansicht ein, daß das volle Eigenthum an einer res corporalis aus zwei Bestandtheilen, dem dominium proprieatatis und dem dominium ususfructus, bestehe, also der Eigenthümer der res corporalis in diesem Sinne zugleich Eigenthümer des ususfructus sey; wie sich dies schon darinn zeigt, daß, wenn der Nießbrauch einem Dritten als Servitut bestellt ist, der Eigenthümer der Sache nur noch dominus *proprietatis* [30]) und die Bestellung des Nießbrauchs als Servitut eine *separatio* ususfructus a proprietate, so wie dessen Erlöschen ein *reverti* ad dominum heißt [31]). Nach dieser Ansicht konnte der Eigenthümer der res corporalis nun gleichfalls sagen ususfructus meus est und usumfructum possideo, wenn er dem Usufructuar gegenüber stand, mithin bei der legis actio die contravindicatio und bei dem Verfahren per formulas das interdictum possidetis anstellen: und in Ansehung der contravindicatio liegt ein specieller Beweis dafür in dem Umstande, daß bei dem Nießbrauche eine cessio in jure von dem Usufructuar an den

29) Gaji inst. 4, §. 16.

30) L. 17, §. 1. D. de noxal. act. 9, 4.

31) §. 1 und 4. J. de usufr. 2, 4 und viele andere Stellen.

dominus proprietatis vorkommt [32]), die nicht anders geschehen konnte als in der Form, daß der Eigenthümer der res corporalis den Nießbrauch mit den Worten Ajo usumfructum meum esse vindicirte (§. 4). Zur völligen Gewißheit läßt sich dieses Alles freilich nicht bringen, da uns die Art des Vindicationsverfahrens bei den Servituten nach der legis actio ganz unbekannt ist (S. oben nro. 2). Bei den Realservituten ist wieder ein anderer Unterschied merkwürdig, nämlich der, daß die interdicta retinendae possessionis nur bei den Servituten der praedia *rustica* und nicht bei den Servituten der praedia urbana vorkommen [33]). Geht man hier von der Ansicht aus, daß jene Interdicte ein Surrogat der datio vindiciarum bei der legis actio gewesen sind, und verbindet man damit eine Stelle bei Cicero [34]), wo es heißt: in causis centumviralibus, in quibus — — *parietum, luminum, stillicidiorum* jura versantur, und wonach es den Anschein hat, daß die Processe über die Servituten der praedia urbana vor den Centumvirn verhandelt sind, so würde der Grund davon sehr klar werden: denn bei den Centumvirn wurde das Verfahren der legis actio [35]), mithin auch die datio vindiciarum, worauf sich gerade die hasta centumviralis zu beziehen scheint [36]), beibehalten, und es bedurfte also bei den Servituten der praedia urbana keines Surrogats. Fänden sich die interdicta retinendae possessionis nur bei den vier alten Realservituten, iter, actus, via, und aquaeductus, so könnte man den Unterschied daraus erklären, daß bei der Einführung der Interdicte überhaupt noch keine andere Servituten bekannt gewesen wären (§. 10): es wird aber gerade auch bei einer neueren Realservitut [37]), dem haustus, ein solches Interdict gegeben, also muß wohl der Unterschied in der Eigenschaft der servitus *rustica* liegen.

Die Grundsätze, nach denen bei den Servituten die Einweisung in den interimistischen Besitz ertheilt wird, sind bei dem Nießbrauche ganz dieselben wie bei den res corporales (§. 5). Bei den Realservituten hingegen wird man alsdann in den Besitz gesetzt, wenn man die Servitut während eines gewissen Zeitraums, z. B. dreißig Tage lang, im letzten Jahre

32) Gaji inst. 2, §. 30.
33) Das interdictum de cloacis ist policeilich: L. 1, §. 2 und 7. D. de cloc. 43, 23.
34) de oratore 1, 38.
35) Gaji inst. 4, §. 31. Gell. noct. Attic. 16, 10.
36) Gaji inst. 4, §. 16.
37) §. 2. J. de serv. praed. 2, 3.

oder auch wohl in den letzten anderthalb Jahren ausgeübt hat. Auf gegenwärtigen Besitz zur Zeit der Klage und auf Besitzstörung kommt dabei nichts an, so wenig als bei dem alten interdictum utrubi, dem die Servituteninterdicte in dieser Hinsicht ähnlich sind: vielmehr ist eins derselben ein interdictum *adipiscendae* possessionis, wo der Kläger noch niemals im Besitze gewesen ist [38]. Daß die Worte vim fieri veto dem nicht entgegenstehen, ist schon oben (§. 5.) gezeigt.

Es ist ferner 6) auf die Servituten die Tradition als Erwerbungsart und der Grundsatz übertragen, dominia rerum traditionibus, non nudis pactis transferuntur [39]. Dabei könnten einige Institutionen und Pandecten-Stellen aus Gajus in den Titeln de usufructu und de servitutibus [40] einen Zweifel erregen, worin gesagt wird, si quis servitutem alii constituere velit *pactionibus et stipulationibus* id efficere debet, ohne einer Tradition zu erwähnen. Indessen scheinen sich diese Stellen durch eine Vergleichung mit dem ächten Gajus so zu erklänen [41]. Gajus stellt in dem Abschnitte von der Erwerbung des Eigenthums — das heißt, wie in Ulpians Fragmenten, des wirklichen Eigenthums (des Eigenthums nach dem jus civile im Gegensatze von der tuitio praetoris), wohin die Fälle des fingirten Eigenthums mit einer actio in rem publiciana nicht gehören, die erst in dem Abschnitte de actionibus als actiones fictitiae vorkommen — den Grundsatz auf, daß bei res incorporales eine Tradition als Erwerbung des Eigenthums überall nicht Statt finde: was auch in dieser Beziehung, bei dem eigentlichen dominium nach dem jus civile, unzweifelhaft ist, da die Tradition der Servituten eine bloße prätorische Fiction, ein quasi, war, woraus keine actio in rem directa entstand. Er trägt daher, als die einzigen Arten, wie ein Eigenthum an Servituten erworben werden könne, bei Mobilien und bei den Grundstücken in Italien die cessio in jure und die mancipatio vor, und sagt nun von den Provincial-Grundstücken, wo beide Erwerbungsarten nicht anwendbar waren, hier bleibe nichts übrig, als wegen der Servitut eine Stipulation oder

---

38) L. 2, §. 3. D. de interd. 43, 1.

39) L. 11, §. 1. D. de Public. act. 6, 2. L. 1, §. 2. D. de serv. pr. rust. 8, 3. L. ult. D. de servit. 8, 1. L. 16. D. si serv. vind. 8, 5. L. 25, §. 7. D. de usufruct. 7, 1. L. 1. pr. D. quib. mod. us. am. 7, 4. L. 3. D. si us. pet. 7, 6.

40) §. 1. J. de usufr. 2, 4, §. 4. J. de servit. 2, 3. L. 3. pr. D. de usufr. 7, 1.

41) 2, §. 28 bis 32.

ein Pactum — mit einer Conventionalstrafe, wie man aus der Formel bei Theophilus sieht [42]) — vorzunehmen. Daß nun aber durch diese Stipulation ein Eigenthum und eine actio in rem entstehen solle, ist nicht gesagt und kann wohl bei Gajus nicht die Meinung gewesen seyn: theils, weil dies im Römischen Rechte, wo stipulatio immer als gleichbedeutend mit obligatio und als Gegensatz des Eigenthums vorkommt (§. 24.), gegen alle Analogie seyn würde, theils, weil es keine actio in rem giebt, die nach dem damaligen Rechte in dem Falle, von welchem hier die Rede ist, hätte eintreten können: denn die Vindication ex jure Quiritium fand bei Provincial-Grundstücken, also auch bei Servituten an Provincial-Grundstücken, nicht Statt, und die actio in rem publiciana erforderte gerade eine traditio [43]). Der Sinn jener Stelle scheint also der zu seyn, daß bei Provincial-Grundstücken nach dem jus civile überhaupt kein Eigenthum an Servituten, oder nach unserer Art zu reden keine Servitut als dingliches Recht, sondern nur als Obligations-Verhältniß vorkommt, das denn, wie jede andere Obligation, durch eine actio in personam verfolgt wurde. Die Verfasser unserer Institutionen haben nun — mögen sie aus den Institutionen oder aus einem anderen Werke von Gajus, etwa aus den res quotidianae [44]), geschöpft haben — jene ersten Sätze von der Unstatthaftigkeit der Tradition und von der cessio in jure und mancipatio ganz, und von dem letzten Satze die Worte in provincialibus praediis als Antiquitäten weggelassen, und in den Titeln de servitutibus und de usufructu von dem Allen nur die Stelle, si quis usumfructum sive jus eundi etc. constituere velit pactionibus et stipulationibus id efficere debet, die von der Servitut, als einem Obligationsrechte redet, beibehalten. Neben dieser Theorie des jus civile dem *dominium* juris, worauf der Titel de rerum acquisitione bei Gajus geht, stand aber eine zweite Theorie, die prätorische *possessio* juris [45]) mit der actio in rem publiciana, nach welcher die quasi traditio — durch Ausübung der Servitut mit Genehmigung des Eigenthümers der Sache — eine Erwerbungsart der Servituten an Gegenständen aller Art war: nicht etwa bloß für den Fall, wenn ein Nicht-

---

42) 2, 3, §. 4.

43) L. 11, § 1. D. de Public. act. 6, 2.

44) L. 3 pr. D. de usufr. 7, 1.

45) L. 3. D. si ususfr. pet. 7, 6.

eigenthümer die Servitut constituirte, sondern ganz allgemein, wie man aus L. 1. §. 2. D. de servit. praed. rust. (8, 3.) und besonders aus L. 11. §. 1. D. de public. act. sieht, wo von einem anderen prätorischen Institute der patientia, in einer Periode mit der traditio gesagt wird, si per domum quis *suam* passus est aquaeductum transduci. Auch in L. 16. D. si servit. vind. (8, 5) wird einer Tradition vom wahren Eigenthümer mit einer prätorischen Klage (an *tuendus* sim) gedacht. Diese zweite, prätorische Theorie ist nun, mit der Abänderung, daß der Unterschied zwischen Eigenthum nach dem jus civile (dominium) und Eigenthum durch tuitio praetoris (possessio) durch Justinian aufgehoben [46], also die quasi traditio eine Erwerbung des wirklichen Eigenthums mit einer actio in rem directa geworden ist, in unser corpus juris aufgenommen [47], und zwar, da die cessio in jure und die mancipatio wegfallen, als die einzige Erwerbungsart der Servituten durch Geschäfte unter Lebenden; nur nicht gerade in die Institutionentitel de servitutibus und de usufructu, weil diese, wie gesagt, aus dem Titel des Gajus de acquirendo *dominio* genommen sind: und hiernach wird also allerdings zu behaupten seyn, daß die Servitut als dingliches Recht in der Regel erst durch eine Tradition constituirt wird.

Endlich 7) findet sich bei den Servituten auch eine quasi Verjährung. Von der alten usucapio ist dieses nach der lex Scribonia gewiß: und die einzelne Pandectenstelle, welche dieser lex erwähnt, hat jetzt eine Unterstützung durch die Nachricht bei Gajus erhalten, daß wegen der Worte in den zwölf Tafeln *ceterarum rerum* usus annus esto durch die Praxis eine allgemeine Usucapion der res incorporales eingeführt gewesen und nachher wieder abgeschafft ist [48]. Auch die Stelle bei Cicero [49], aquaeductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata *auctoritas* harum rerum omnium a jure civili sumitur, möchte doch am Ende wohl auf die Usucapion gehen, wenn man die Parallelstelle unmittelbar vorher, fundus a patre relinqui potest, sed *usucapio* fundi a legibus, damit vergleicht: besonders, da Cicero nicht nur sonst [50] sondern gerade kurz

46) L. un. C. de nudo jure Quir. toll. 7, 25.
47) Siehe oben Note 39.
48) 2, §. 54.
49) pro Caecina c. 26.
50) Z. B. de haruspic. respons. c. 7.

vorher in derselben Rede auctoritas für usucapio gebraucht [51]). Ob dagegen die prätorische praescriptio longi temporis vor Justinian auf Servituten angewandt seyn mag, ist zweifelhaft: das Verbot der usucapio, nicht bloß wegen einer gewissen Strenge des jus civile, sondern durch eine besondere lex, und die Analogie der persönlichen Unfreiheit [52]), die sehr häufig bei der Unfreiheit der Sachen (servitus) zutrifft (§. 11.), scheint dawider zu seyn, wenn auch in L. 10. §. 1. D. de usurp. (41, 3.) die Worte longi tempore vermuthlich nicht ächt sind. Die neue longi temporis praescriptio von Justinian ist aber ausdrücklich auf den Nießbrauch und die Realservituten ausgedehnt [53]).

Dasjenige longum tempus hingegen, welches vor Justinian in den Pandecten und im Codex als eine Erwerbungsart der Realservituten vorkommt, scheint keine *praescriptio* longi temporis und überhaupt keine Verjährung, d. h. keine einseitige Erwerbung durch fortgesetzten Besitz, zu seyn, sondern ein ganz anderes Rechtsinstitut, nämlich ein

51) pro Caecin. c. 19.

52) tit. C. de longi temporis praescriptione quae pro libertate *et non adversus libertatem* opponitur 7, 22.

53) L. 12. C. de long. temp. pr. 7, 33. Die Einwürfe von Zimmern (in dessen Abhandlungen, 1. Theil) sind allerdings sehr beachtenswerth: indessen, so wie die Gesetze nun einmal für den Juristen vorliegen, scheint doch die gewöhnliche Meinung mehr für sich zu haben. Grammatisch können die Schlußworte, *eodem observando* etsi res non soli sint sed incorporales, immer nur so viel heißen, daß das Institut der *longi temporis praescriptio* in einer gewissen Beziehung auf die Servituten angewandt werden soll: nicht aber, daß dasjenige, was bei der longi temporis praescriptio gesagt sey, nun auch bei dem Erlöschen der Servituten durch *non usus* gelten solle; denn bis zu den Worten eodem observando etsi res incorporales sint ist in der ganzen Stelle nur von praescriptio longi temporis die Rede gewesen, und praescriptio longi temporis und non usus sind verschiedene Rechtsinstitute. Muß man aber bei diesem Sinne stehen bleiben, so können nun jene Worte nicht gut anders ausgelegt werden, als von einer Erwerbung der Servituten durch longi temporis praescriptio: denn für die Tilgung der Servituten ist schon ein anderes Rechtsinstitut da, der non usus, welcher weniger erfordert als die longi temporis praescriptio, also eine Ausdehnung der longi temporis praescriptio zu diesem Zwecke wäre ohne Grund. Die Fälle, wo der non usus in gewisser Hinsicht ein Mehreres erfordert als die praescriptio longi temporis — eine usucapio libertatis —, können dagegen nicht angführt werden, da sie niemals beim Nießbrauche vorkommen, der in L. 12. cit. ausdrücklich mit genannt ist.

Gewohnheitsrecht, im Kleinem zwischen zwei Nachbarn nach Analogie des Gewohnheitsrechts, im Großen zwischen den gesammten Bürgern einer Stadt; also das, was wir Observanz nennen. Schon die Ausdrücke, die von diesem longum tempus gebraucht werden, longa consuetudo, longi temporis consuetudo, mores, vetus observatio, vetustas quae legis vicem tenet, vetustas quae pro lege habetur [54]) — buchstäblich wie bei dem Gewohnheitsrechte [55]) und eben so im Gegensatze von der lex, der ausdrücklichen Constituirung —, führen von selbst auf jene Ansicht: und sie bestätigt sich dadurch, daß erstlich bei dieser Erwerbung durch longum tempus die beiden wesentlichen Bedingungen der *praescriptio* longi temporis — schon vor Justinian [56]) —, justus titulus und bona fides, gar nicht vorkommen, und zweitens, daß sie sich nicht bei dem Nießbrauche sondern ausschließlich bei den Realservituten findet, was wieder bei einer *praescriptio* longi temporis nicht erklärlich wäre, hingegen bei einer Observanz, einer stillschweigenden Uebereinkunft, die eine fortdauernde Berührung beider Theile und ein Recht voraussetzt, das unter den Augen des Nachbars ausgeübt wird, seinen sehr natürlichen Grund hat. Daß hier nicht ein allgemeiner Rechtssatz sondern ein einzelnes Privatrecht durch Gewohnheit entstehen soll, kann nicht auffallen, denn schon im Römischen Rechte kommt ganz eben das, auch unter dem Namen consuetudo, noch bei manchen anderen Privatrechten vor, bei denen an eine acquisitive Verjährung gar nicht zu denken ist, z. B. bei den Abgaben der coloni [57]) und in dem Falle, wenn der Eigenthümer eines Steinbruches es leiden muß, daß die Leute aus der Gegend für einen bestimmten Preiß Steine brechen [58]), wo kein praedium dominans, also kein Römisches Servitutrecht ist: und bei unseren Diensten und Zehnten, die dem Verhältnisse bei der Realservitut ähnlich sind, verweisen die Landesordnungen durchgängig auf Observanz. Nur eine einzige Stelle im Codex, L. 2. de servit. (3, 34.),

---

54) L. 1. L. 7. C. de servit. 3, 34. L. 1, §. 23. L. 2. pr. D. de aqua et aq. pluv. 39, 3.

55) L. 32. L. 33. L. 38. D. de legib. 1, 3. Tit. C. quae sit longa consuet. 8, 53.

56) Paulli recept. sent. 5, 2, 4. L. 8. pr. C. de praescr. 30. ann. 7, 39.

57) L. 5. C. de agricol. 11, 47.

58) L. 13, §. 1. D. commun. praedior. 8, 4.

scheint entgegen zu stehen, wo allerdings in den Worten servitutem *exemplo rerum immobilium* tempore quaesisti eine gewisse Vergleichung der consuetudo longi temporis bei den Servituten mit der Praescriptio longi temporis bei den Grundstücken enthalten ist. Indessen läßt sich dagegen sagen, entweder, daß die Stelle interpolirt sey, und wirklich haben jene Worte eine große Aehnlichkeit mit den Worten in L. 12. C. de longi temp. praescr. eodem observando etsi res non soli sint, sed incorporales, veluti servitutes: oder, daß der Accent auf *tempore* liegt und die Stelle nur den Sinn hat, daß die Zeit, die zu einem longum tempus bei der praescriptio longi temporis gehört, also zehn Jahr, auch das longum tempus bei der consuetudo longi temporis ausmachen soll; etwa so, wie Paulus die Zeitbestimmung bei der praescriptio longi temporis auch auf ein ganz anderes longum tempus, nämlich auf das longum silentium bei Erkenntnissen anwendet[59].

Es stehen also bei den Servituten zwei durchaus verschiedene Rechtsinstitute neben einander, die praescriptio longi temporis aus L. 12. C. de long. temp. praescript. bei den Realservituten und beim Nießbrauche, und die consuetudo oder patientia[60] aus dem prätorischen Rechte, bei den Realservituten allein. Dort ist die Grundidee ein Erwerb durch festgesetzten Besitz, hier ein Erwerb durch tacitus consensus[61]: und hieraus scheint von selbst eine mannichfache Differenz im Einzelnen zu folgen, namentlich, auch wenn man auf das Rescript L. 2. C. de servit. 3, 34. kein Gewicht legen will, der bestrittene Satz, daß bei der consuetudo der Eigenthümer des dienenden Grundstücks um die Ausübung der Servitut gewußt haben muß. Bei der gegenwärtigen Untersuchung interessirt uns aber nur das erste Institut, die eigentliche Verjährung, als eine Ausdehnung dessen, was bei den res corporales vorkommt,

59) rec. sent. 5, 5, 8.

60) Daß die patientia nicht mit der traditio einerlei, nämlich eine traditio per patientiam, sondern ein specielles Kunstwort für die consuetudo ist, beweisen die Pandectenstellen L. 11, §. 1. de Public. act. 6, 2 und L. 1, §. 2. de serv. pr rust. 8, 3., wo offenbar von der traditio und der patientia als von zwei verschiedenen Dingen die Rede ist Auch der Umstand spricht dafür, daß in der letzteren Stelle die traditio und die patientia als die Fälle einer tuitio Praetoris genannt werden, und daß nach anderen Stellen (L. 1, §. ult. D. de aq. pluv. 39, 3. L. 10. pr. D. si serv. vind. 8, 5.) keine solche tuitio Praetoris gerade bei der consuetudo eintritt.

61) L. 32. §. 1. D. de legib. 1, 3. §. 3. J. de jur. nat. 1. 2.

auf die Servituten: denn die consuetudo ist nicht von den res corporales hergenommen, vielmehr findet sie dabei gar nicht Statt, und ist den Realservituten eigenthümlich.

§. 9.

Ist nun die actio in rem wegen der Servituten eine Klage aus dem Eigenthum, wie die rei vindicatio und findet sich dabei Alles, was bei der rei vindicatio vorkommt und eigentlich nur auf die rei vindicatio paßt, das Vindicationsverfahren, die cessio in jure, ein possessor als Beklagter, der interimistische Besitz, die possessorischen Interdicte, die Tradition, die usucapio und die praescriptio longi temporis, als ein quasi und velut wieder, so scheint die Ansicht sehr nahe zu liegen, daß die ganze Klage nichts weiter sey, als eine Ausdehnung der rei vindicatio, nämlich von den res corporales auf die res incorporales, die jura: also, daß die actio in rem wegen der Servituten und die rei vindicatio im Grunde eine und dieselbe Klage, und das Eigenthum an einem corpus und das Eigenthum an einem jus ein und dasselbe Recht ist, wobei sich die actio in rem wegen der jura zu der actio in rem wegen der res corporales wie die actio utilis zu der actio directa, und das Eigenthum an dem jus zu dem Eigenthum an dem corpus wie der quasi ususfructus zu dem ususfructus verus verhält. Eine Ansicht, die sich auch noch dadurch bestätigt, daß in dem Falle des fingirten Eigenthums [62]), der bonae fidei possessio, für die res corporales und die Servituten eine und dieselbe rei vindicatio utilis [63]), die actio in rem Publiciana, gegeben ist, und daß ebenso die Theilungsklagen, welche eine rei vindicatio in sich begreifen [64]), für die res corporales als actiones directae und für die jura als actiones utiles [65]) vorkommen: und aus der es nun erst erklärlich wird, wie die Klagen wegen des Eigenthums an res corporales und wegen der Servituten, die, sobald man sie als „die Klage aus dem Eigenthum“ und „die Klage aus dem Servitutrechte“ betrachtet, zwei ganz verschiedene Klagen wären und für die man daher auch, sobald man diese Idee zum Grunde legte, die zwei Kunstworte rei vindicatio und

62) Gaji inst. 4, §. 36.

63) §. 4, J. de action. 4, 6.

64) L. 1. D. fin. regund. 10, 1. Theophil. 4, 6, §. 20.

65) L. 4. D. de aq. quot. 43, 20. L. 32. D. de stip. servor. 45, 3.

actio confessoria hat erfinden müssen, im Römischen Rechte dergleichen verschiedene Namen durchaus nicht haben, sondern die eine wie die andere actio in rem oder vindicatio heißen (§. 2 und 7).

Durch jene Ansicht, daß die sogenannte actio confessoria eine rei vindicatio utilis oder quasi rei vindicatio ist, wird denn zugleich die scheinbare Verschiedenheit zwischen den Definitionen von actio in rem bei Ulpian und Gajus beseitiget (§. 1.). Ulpian definirt die eigentliche vindicatio, wegen der res corporales [66]), die actio in rem directa, gerade so, wie in der Definition des Nießbrauchs von Paullus [67]) nur der usus fructus *verus* definirt und das *quasi* usus fructus nicht gedacht wird: Gajus hingegen nimmt die actio utilis, die quasi vindicatio der jura, gleich mit in die Definition auf. Daß zwischen beiden keine wirkliche Verschiedenheit der Meinungen Statt finden konnte, war übrigens vorauszusehen, denn Gajus verbindet in den anderen im §. 1. citirten Stellen mit actio in rem ganz denselben Begriff wie Ulpian, Eigenthumsklage. Es bleibt also nun als die einstimmige Definition der Römischen Juristen stehn, daß actio in rem die Klage aus dem Eigenthume ist, vere aus dem Eigenthume an einer res corporalis quasi aus dem Eigenthume an einer res incorporalis: und man kann daher den Satz aufstellen, jede actio in rem, von der irgendwo im Römischen Rechte die Rede ist, muß eine Eigenthumsklage seyn, und zwar, wenn als Object der Vindication nicht ein jus sondern eine res corporalis genannt wird, eine rei vindicatio.

Der Begriff Eigenthum an einem Rechte, der auf diese Art gewonnen wird, ist völlig verschieden von dem Begriffe Zuständigkeit eines Rechts, welcher mit dem allgemeinen Begriffe Recht zusammenfallen und für die Definition von einer besonderen Art von Klagen ganz unbrauchbar seyn würde. Das Eigenthum an einem Rechte ist vielmehr ein specielles und sehr characteristisches Rechtsverhält-

---

66) Daß Ulpian durch die Worte actio per quam rem nostram petimus nur die rei vindicatio definiren will, obgleich er nicht rem nostram *corporalem* dabei sagt, kann wohl keinen Zweifel leiden, da die rei vindicatio gerade durch die Formel rem meam esse bezeichnet wird (§. 1 und 2 am Ende). Auch der Zusatz quae ab actio possidetur würde auf die actiones in rem über die Servituten — wegen der actio in rem negatoria (§. 2. J. de action. 4, 6.) — nicht passen.

67) L. 1. D. de usufr. 7, 1.

niß und muß so definirt werden, daß bei einem Rechte gewisse Institute, die eigentlich nur bei dem Eigenthume an res corporales Statt finden, nämlich die Eigenthumsklage mit dem Vindicationsverfahren, der interimistische Besitz, die possessorischen Interdicte, die cessio in jure, die Tradition und acquisitive Verjährung, analogisch angewandt werden: gerade wie man den quasi ususfructus definiren würde, er sey ein Verhältniß, wo die Rechtssätze vom Nießbrauche an einer species analogisch auf eine quantitas angewandt sind. Der Begriff des Rechtes selbst, welches den Gegenstand dieses Eigenthums, die res incorporalis, ausmacht, z. B. der Servitut, ist mit dem Begriffe Eigenthum an einem Rechte nicht zu verwechseln, und gehört so wenig mit in die Definition, als der Begriff fundus und homo in die Definition der rei vindicatio. Der Umstand aber, daß ein solches Recht, woran ein Eigenthum vorkommt, nun ein Recht gegen jedermann ist, gehört wieder nicht zum Begriffe des Rechtes an sich, sondern zum Begriffe Eigenthum, weil das Recht als Sache behandelt und von jedem Widersacher (possessor) erstritten wird: und hierin, daß das Gelten gegen jedermann erst eine Folge des Eigenthums, der Vindication contra possessorem, ist, liegt das Characteristische bei diesem Verhältnisse, denn Rechte, die gegen jedermann gelten, giebt es auch sonst — die actio ad exhibendum, die actio quod metus causa, die actiones noxales u. s. w. — Daraus erklärt sich, warum in der Römischen Definition des Nießbrauchs [68]) nichts davon gesagt wird, daß der Nießbrauch ein Recht gegen jedermann, nach unserer Art zu reden ein dingliches Recht, sey, was in den neuern Definitionen gleich voran steht: der Grund ist nämlich, wie eben bemerkt wurde, daß dieser Satz nach der Römischen Ansicht nicht zu dem Begriffe des jus als res corporalis, sondern erst zu der Eigenthumsklage, also in den Titel de actionibus gehört [69]).

In den Fällen, wo ein Eigenthum an einem Rechte vorkommt, steht, wenn dieses Recht von der Art ist, daß es an einer res corporalis ausgeübt wird, wie die Servitut, ein doppeltes Eigenthum neben einander: das Eigenthum dessen, dem die res corporalis gehört, und das Eigenthum dessen, der

68) pr. J. de usufruct. 2, 4.

69) Wenn daher, wie es im Code Napoleon geschehen ist (Art. 578), die Definition aus pr. J. de usufruct. buchstäblich beibehalten, aber die Theorie von den actiones in rem aus §. 2. J. de action. nicht hinzugefügt wird, so muß der Character des Römischen Nießbrauchs ganz verloren gehen.

die Servitut hat. Jedes Eigenthum hat hier aber ein ganz verschiedenes Object: der Eine ist Eigenthümer der res corporalis, der Andere ist Eigenthümer des jus; und ebenso ist der Eine Besitzer des corpus und der Andere Besitzer des jus. An der res corporalis selbst hat der Eigenthümer des jus gar keine Eigenthumsrechte und keinen juristischen Besitz, sondern nicht mehr Recht als ein Pächter [70], weshalb er auch die Früchte ganz eben so erwirbt: und niemals heißt er im Römischen Rechte, weder in einem eigentlichen noch in einem sogenannten uneigentlichen Sinne, dominus in Beziehung auf die *res corporalis*, oder die Servitut **selbst** ein dominium.

§. 10.

Im Römischen Rechte giebt es nur zwei jura, an denen ein Eigenthum Statt findet, der Nießbrauch — mit seinen Modificationen — und die Realservitut; wie dies schon in der Definition der actio in rem bei Gajus gesagt ist (§. 1). Daher heißen denn auch der Nießbrauch und die Realservitut vorzugsweise jura, weil sie die einzigen Privatrechte waren, die mit der Formel *jus* mihi est oder *jus* meum est eingeklagt wurden [71]: denn die anderen Klagformeln lauteten res mea est, oder hereditas mea est, oder adversarium dare facere oportet, oder ingenuus sum, oder restituas, exhibeas, vim fieri veto. Daß das Recht des Superficiar und des Emphyteuta und das Pfandrecht keine res incorporalis, und daß die hereditas zwar eine res incorporalis aber kein jus ist, kann erst unten gezeigt werden (§. 15, 17, 12. Das jus aquae ex castello wurde durch keine actio, sondern nur durch ein Interdict [72], das Römische Zehntrecht durch keine actio in rem, sondern durch eine actio in personam verfolgt [73]. Bei der väterlichen Gewalt kommt freilich eine Vindication vor, aber der Gegenstand des Eigenthums ist nicht die potestas als ein jus, sondern die Person des Kindes als res corporalis, wie dies nach der Vindicationsformel bei Gajus [74], die buchstäblich die Formel der rei vindicatio ist, und nach einer bekannten Pandectenstelle im Titel de rei vin-

---

70) L. 6, §. 2. D. de praecar. 43, 26.
71) §. 2. J. de action. 4, 6.
72) L. 1, §. 45. D. de aq. quot. 43, 20.
73) Quantum oratorem decumae *dare oportere*: Cic. in Verr. 3, c. 10 und 13.
74) 1, §. 134.

dicatione [75]) keinen Zweifel leidet, wenn gleich das Recht selbst sich im neuesten Römischen Rechte so verändert hat, daß es dem gewöhnlichen Eigenthume an res corporales nicht mehr ähnlich sieht. Die Klage zwischen Vater und Sohn über die väterliche Gewalt ist eben so wenig eine Klage aus dem Eigenthume an der potestas, sondern ein praejudicium mit der Formel, utrum in potestate sit an non, oder eine cognitio extraordinaria [76]. Die persönliche Freiheit wird nicht von demjenigen, der seine Freiheit behauptet, vermöge eines dominium libertatis vindicirt, sondern ein Dritter, der assertor, vindicirt den angeblichen Sclaven in libertatem, mit der Formel ajo hunc hominem liberum esse. Die Freiheit der Sachen — von einer Servitut — wird durch eine negative Klage, durch die man das dominium servitutis des Gegners bestreitet (§. 11.), verfolgt. Ueber Ingenuität und Libertinität wird durch ein präjudicium mit der Formel an libertus sit gestritten [77]). Durch welche Klage endlich über das jus nundinarum verfahren seyn mag, wissen wir zwar nicht, von einer actio in rem findet sich aber auch dabei keine Spur. Nur bei einem Verhältnisse ist die Sache sehr zweifelhaft, bei der alten Tutel über Frauenzimmer: hier kommt eine cessio in jure [78]), also eine Eigenthumsklage mit der Formel ajo meum esse vor, (§. 4.), und da uns durchaus nicht bekannt ist, daß bei der Tutel jemals ein Eigenthum an der Person Statt gefunden hätte, so scheint als Gegenstand dieser Eigenthumsklage nur die Tutel selbst als jus übrig zu bleiben. Dafür spricht auch die Art, wie sich Gajus und Ulpian ausdrücken: besonders, daß Ulpian die Tutel eine res in corporalis nennt, ganz wie den Nießbrauch und die Servitut. Die Stelle bei Livius [79]), daß Frauenzimmer *in manu* fratrum gewesen wären, würde entgegenstehen, denn bei der manus kann eine mancipatio und manumissio der Person mit der Formel ajo *filium* meum esse [80]), also eine Klage aus dem Eigenthume an der Person selbst vor: indessen scheint jene Stelle nicht mehr zuverlässig.

Daß im Römischen Rechte gerade nur an dem Nießbrauche und der Realservitut, und vielleicht noch an der Tu-

---

75) L. 1, §. 2.
76) L. 3, §. 3. D. de lib. exh. 43, 29.
77) §. 13. J. de act. 4, 6. Theophil. ebendas.
78) Ulpian. fragm. 11, §. 6 bis 8, 19, § 11. Gaji inst. 1, §. 168.
79) 34, c. 2.
80) Gaji inst. 1, §. 113 bis 115.

tel über Frauenzimmer, ein Eigenthum Statt findet, ist nun aber sehr zufällig. In dem Begriffe Eigenthum an einem Rechte, so wie er oben bestimmt ist (§. 9.), liegt an sich durchaus nichts, weshalb er nicht eben so gut auf jede andere Berechtigung angewandt werden könnte als auf die Servitut: eine Eigenthumsklage mit einer Vindication des Rechts als res incorporalis, eine interimistische Einweisung in den Quasibesitz, eine Quasitradition, und eine Quasiverjährung ist überall denkbar, und wenn es mit dem Eigenthume an der Tutel seine Richtigkeit hätte, so würden schon im Römischen Rechte zwei so heterogene jura, als es nur irgend giebt, — servitus und tutela — Gegenstand eines Eigenthums seyn. Es könnte also ein dominium juris mit allen den im §. 8. bemerkten Folgen gar wohl auch bei einem solchen Rechte vorkommen, wo die Verpflichtung des Gegners nicht, wie bei der Servitut, in einem pati oder non facere, sondern in positiven Leistungen besteht, wie bei unseren Diensten und Zinsen [81]), oder wo der Verpflichtete gar nicht einmal der Besitzer einer gewissen res corporalis ist: denn bei der Vindication der jura nach der Römischen Ansicht wird nicht die res corporalis wegen des jus in Anspruch genommen, sondern das jus selbst wird als Sache vindicirt, und das Verhältniß, in welchem diese Sache — die res incorporalis — etwa wieder zu einer dritten Sache — der res corporalis — steht, ist bei der Klage unwesentlich. Jene Bemerkung ist für den Fall von großer practischer Wichtigkeit, wenn sich bei uns in dem Gerichtsgebrauche ein Bestreben zeigt, das Römische dominium juris auf andere, den Römern nicht bekannte, Rechtsverhältnisse anzuwenden: auf Dienste, Zinse, Reallasten. Sobald man hier, statt den Begriff servitus von dem Begriffe dominium juris zu trennen, aus beiden einen einzigen Begriff unter dem Namen dingliches Recht zusammensetzt, also in dessen Definition das Merkmal, daß das Rechtsverhältniß nicht in positiven Leistungen bestehen dürfe, von der Servitut her aufnimmt, so muß man nothwendig den Versuch, eine deutsche Reallast zu einem dinglichen Rechte zu machen, als einen inneren Widerspruch zurückweisen: geht man hingegen von derjenigen Ansicht aus, wie sie oben gegeben ist, so erscheint er als eine consequente Fortbildung der Römischen Rechtsideen.

Ueber die historischen Gründe, warum ein dominium juris gerade bei dem Nießbrauche und der Realservitut einge-

81) Schon im Römischen Rechte kommt in einem speciellen Falle eine actio in rem wegen einer positiven Leistung vor, si paret jus mihi esse cogere adversarium reficere parietem. L. 6, §. 2. D. si servit. vind. 8, 5.

führt ist, lassen sich nur Hypothesen aufstellen. Beim Nießbrauche ist es sehr wahrscheinlich, daß die vindicatio ususfructus durch das legatum ususfructus per vindicationem, durch das Bestreben letzte Willen aufrecht zu erhalten, veranlaßt ist. Die Lehre vom Nießbrauche im Römischen Rechte trägt deutliche Spuren an sich, daß der Nießbrauch vorzüglich als Legat vorgekommen seyn muß. Darauf deutet schon die Ordnung hin, in der die Erwerbungsarten beim Nießbrauche und bei der Realservitut vorgetragen werden, denn beim Nießbrauche geht das Testament voran und die Verträge kommen, gleichsam ausnahmsweise, hinterher (si quis velit *sine testamento* usumfructum constituere) [82], bei der Realservitut ist es umgekehrt (potest *etiam* testamento etc) [83]: und in dem Senatusconsulte über den Quasi Ususfruct ist bloß von dem *legato* ususfructus die Rede [84]. Nun gab es aber im älteren Rechte eine Legatsform, das legatum per vindicationem, nach der das Vermächtniß wirkungslos blieb, wenn der Legatar keine vindicatio hatte, denn eine persönliche Klage gegen den Erben fand dabei nicht Statt [85], wenigstens nicht vor dem Senatusconsultum Neronianum [86]: und da bei einer späteren Abänderung des strengen Rechts in der Lehre vom Nießbrauche, dem quasi ususfructus an Quantitäten, gerade auch das Bestreben, die Ungültigkeit von Vermächtnissen zu verhüten, zum Grunde liegt, so läßt sich wohl bei der früheren ähnlichen Erscheinung — der *quasi* vindicatio — auf eine ähnliche Ursache schließen. Was die Realservituten betrifft, so hat die Vermuthung von Bergmann sehr viel für sich, daß hier im Anfange nicht das jus, sondern derjenige Theil des Grundstücks selbst vindicirt ist, woran die Servitut ausgeübt wurde, und daß erst die spätere Theorie feiner unterschieden und diese Vindicationen, die sie als gewöhnliche rei vindicationes vorfand, nun als Quasivindicationen einer res incorporalis beibehalten hat. Es ist gewiß kein bloßer Zufall, daß die vier ältesten [87]) Servituten, iter actus, via, aquaeductus, und gerade nur diese, einen Namen haben, der zugleich das Recht und den Platz bedeutet [88]: und

---

82) §. 1. J. de usufruct. 2, 4.
83) §. 4. J. de servit. 2, 3.
84) L. 1. D. de usufr. ear. rer. 7, 5.
85) Gaji inst 2, §. 194.
86) Ulpian. fragm. 24, 11.
87) pr. J. de serv. praed. 2, 3. L. 5. pr. L. 17. D. de servit. 8, 1. L. 26. D. de serv. praed. rust. 8, 3. Ulpian. fragm. 19, 1. Paulli sent. 1, 17, 1.
88) Auch actus bedeutet den Weg: L. 5. §. 11. D. de itin. 43, 19.

ein specieller Grund für jene Ansicht liegt in dem Umstande, daß bei diesen vier alten Servituten eine mancipatio vorkommt [89], also ein Geschäft, das erstlich nur bei res incorporales und bei keinem jus Statt findet [90], und wobei zweitens der mancipans die Formel aussprechen müßte Ajo hanc rem ex jure Quiritium *meam* esse [91], was der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nur von dem Platze, aber nicht von der Servitut sagen kann. Auch würde es sich dadurch erklären, wie schon in den zwölf Tafeln von einer via die Rede ist [92], in deren Zeit sich die künstliche Theorie von einem Eigenthume an res incorporales noch schwerlich setzen läßt. Hatte nun aber die Theorie einmal aus den rei vindicationes bei den vier alten Servituten quasi vindicationes das jus gemacht, so ließ sich diese neue Klage auf alle übrigen Servituten anwenden, die bis dahin bloße Obligationsverhältnisse gewesen waren [93].

§. 11.

Die Lehre von den Servituten im Römischen Rechte ist aus zwei Hauptelementen zusammengesetzt, aus denen sich ihre Eigenheiten größtentheils erklären. Das erste ist das dominium juris, wovon bisher die Rede war und woraus die actio in rem, das Gelten gegen jedermann, die cessio in jure, der Besitz, die Tradition und die Verjährung folgt: das zweite ist eine Vergleichung desjenigen Verhältnisses, in welchem bei der Servitut die res corporalis zu dem Servitutsberechtigten steht, mit der **Sclaverei** eines Menschen. So wie die Personen entweder Freie oder Sclaven sind, liberi oder servi, so sind nach der Ansicht der Römischen Juristen auch die Sachen — die res corporales — entweder res servae, das heißt einem Nießbrauche oder einer Realservitut unterworfen, denn auf andere Verhältnisse, auf Eigenthum, Pfandrecht, Emphyteusis, Superficies, kommt nichts an, oder res liberae, das heißt wieder keinem Nießbrauche und keiner Realservitut unterworfen, wenn auch einem anderen eben so bedeutenden Rechte, denn der Begriff libertas wird natür-

---

89) Ulpian. fragm. 19, 1.
90) Gaji inst. 2, §. 17.
91) Ebendas. 1, §. 119, und 2, §. 53.
92) L. 8. D. de serv. pr. rust, 8, 3.
93) Aus dem Worte ad exemplum actionum, quae ad usumfructum pertinent, in L. 2. pr. D. si serv. vind. 8, 5. kann man auf etwas Chronologisches nicht schließen: vergleiche z. B. L. 59, §. 1. D. de usufr. 7, 1. L. 10, §. 1. D. si serv. vindic.

lich durch den Gegensatz servitus bedingt. Diese Vergleichung mit der persönlichen Freiheit, und Unfreiheit zeigt sich nicht bloß in den Kunstworten und im Sprachgebrauche, sondern hat wichtige practische Folgen: und dahin scheint besonders die actio in rem negatoria zu rechnen zu seyn. Mit dem dominium, der analogischen Anwendung der Rechtssätze vom Eigenthume an den res corporales, hat sie keine Gemeinschaft, da bei den res corporales eine Klage dieser Art, wo der Kläger nicht aus seinem Eigenthume klagt, sondern nur das Eigenthum des Beklagten läugnet, gar nicht Statt findet: vielmehr hat es, eben wegen der allgemeinen Vergleichung der Freiheit von einer Servitut mit der libertas personarum und weil die actio negatoria in keinem anderen Verhältnisse als gerade nur wegen der Freiheit von einer Servitut vorkommt [94]), allen Anschein, daß sie nichts weiter ist als eine Anwendung der Klage über die persönliche Freiheit, der vindicatio in libertatem, auf die Freiheit der Sachen. Dies scheint auch Theophilus sagen zu wollen, indem er in einer Stelle die Klagformel bei der actio negatoria, si paret adversario jus non esse, so erklärt, sie bedeute soviel als si paret fundum meum ab usufructu aut servitute *liberum esse* [95]), und in einer anderen Stelle die Formel der Klage über die persönliche Freiheit durch dieselben Worte si paret *liberum esse* bezeichnet [96]). Der Klaggrund bei der actio negatoria ist also nicht das **Eigenthum** am Grundstücke, so daß die actio negatoria eine Art von rei vindicatio wäre, was nach §. 2. J. de act. 4, 6. und nach der Klagformel [97]) durchaus nicht anzunehmen ist, sondern die **Freiheit** des Grundstücks, wie die persönliche Freiheit bei dem judicium liberale: und daher sollte man wohl den Grund, daß der Beweis bei der actio negatoria schon durch den Beweis des Eigenthums am Grundstücke geführt sey, bei der Controverse über die Beweislast bei den Servituten nicht mit gebrauchen. Eine actio *in rem* ist nun aber die actio negatoria deßhalb, weil die Freiheit der Sache in der Form

---

94) Die Stellen, die wohl zum Beweise des Gegentheils angeführt werden, L. 13. L. 14, §. 1. L. 17. pr. D. si serv. vind. 8, 5. L. 6, §. 2. D. arbor. fruct. caes. 47, 7., reden alle von einer solchen factischen Beeinträchtigung des Eigenthums, die, wenn der Nachbar sie sich aneignen und sie als ein Recht behaupten wollte, eine **Realservitut** seyn würde.

95) 4, 6, §. 2 am Ende.

96) Ebendas §. 13.

97) Si paret adversario jus non esse, ohne das Characteristische si paret rem meam esse.

verfolgt wird, daß man ein dominium juris bei dem Beklagten bestreitet, also die Klage ebenfalls nur negativ, eine Klage über Eigenthum ist [98]). Eine fernere Folge von der Idee servitus und libertas ist die usucapio libertatis, so weit sie etwas vom bloßen non usus Verschiedenes ist: denn, wie schon oben bemerkt ist, von libertas, und also von usucapio libertatis, kann nur im Gegensatze von servitus die Rede seyn. Selbst die lex Scribonia steht vielleicht damit in Verbindung, wenigstens hat die Pandectenstelle [99]), in der ihr Inhalt angegeben wird, eam usucapionem lex Scribonia sustulit quae servitutem constituebat, non etiam eam quae libertatem praestat, eine auffallende Aehnlichkeit mit einer anderen gesetzlichen Ansicht bei der persönlichen Freiheit, de longi temporis praescriptione quae pro libertate et non adversus libertatem opponitur [1]): und wahrscheinlich ist auch nur darinn der Grund von dem Satze zu suchen, daß die Servitut nicht in faciendo bestehen darf; denn soll die Sache selbst eine res serva seyn, servire, so muß sie gewissermaaßen durch die Berichtigung körperlich afficirt werden und der Eigenthümer muß in den Hintergrund treten.

Dagegen ist die Erwerbung durch consuetudo (§. 8 am Ende) und die Tilgung durch non usus keine Folge des Begriffes servitus und libertas: jene nicht, weil sie nicht bei allen sondern nur bei den Realservituten, diese nicht, weil sie nicht bei den Servituten allein, sondern auch beim jus nundinarum vorkommt [2]).

Die Unterscheidung derjenigen besonderen Rechtsinstitute, die, als Folge des Begriffes servitus rei oder sonst, bei der Servitut als solcher vorkommen, also der actio negatoria, der Erwerbung durch consuetudo, der Tilgung durch non usus und usucapio libertatis, von denjenigen, die mit dem dominium juris verbunden sind, ist vorzüglich für den oben (§. 10.) angedeuteten Fall wichtig, wenn der Gerichtsgebrauch Römische Rechtssätze über Servituten auf deutschrechtliche Verhältnisse auszudehnen sucht. Man kann zugeben, daß das dominium juris, z. B. auf eine Reallast anwendbar sey, und man kann doch läugnen, daß die Reallast eine Servitut seyn könne: und alsdann würden nur die letzteren und nicht die ersteren Institute anzuwenden seyn.

---

98) §. 2. J. de act. 4, 6.

99) L. 4, §. 29. D. de usurp. 41, 3.

1) rubric. C. 7, 22.

2) L. 1 D. de nund. 50, 11.

§. 12.

C. Eine vierte actio in rem ist die Klage wegen einer Erbschaft, petitio hereditatis [3]).

Die petitio hereditatis ist den actiones in rem wegen der Servituten darinn völlig ähnlich, daß auch hier nicht aus dem Erbrechte, als einem besonderen vom Eigenthum verschiedenen Rechte, sondern aus dem Eigenthum an der hereditas, als einer res incorporalis, geklagt wird und die hereditas dabei eine bloße Sache ist, wie fundus und homo bei der rei vindicatio. So wenig von den Römischen Juristen bei der rei vindicatio und der sogenannten actio confessoria ein Gegensatz zwischen Eigenthum und Servitutrecht, sondern nur zwischen actio in rem de re corporali und actio in rem de re incorporali gemacht wird (§. 8.), so wenig findet sich bei der rei vindicatio und der petitio hereditatis ein Gegensatz zwischen Eigenthum und Erbrecht, sondern der Unterschied wird immer durch die Worte petitio universitatis und petitio rerum singularum, actio in rem de universitate und actio in rem specialis ausgedrückt [4]): und zuweilen wird wohl die petitio einer Mobilie und einer hereditas auf der einen Seite der petitio eines Grundstücks auf der anderen Seite als ein gleichartiger Fall gegenüber gestellt [5]). So wie ferner der Nießbrauch und die Realservitut im Systeme als Sache und Gegenstand des Eigenthums, in dem Abschnitte de acquirendo rerum dominio, vorkommt, gerade so ist es auch mit der hereditas [6]) — nur nicht in unsern jetzigen Ju-

---

3) Daß die petitio hereditatis eben so gut als die rei vindicatio und die actio in rem wegen der jura eine Klage mit einer formula, also eine von den eigentlichen actiones war, worauf die — von der intentio hergenommene — Eintheilung in actiones in rem und in personam ging, leidet nach L. 3 und L. 10, §. 1. D. de petit. her. (5, 3.) keinen Zweifel, und in L. 25, §. 18. ebendas. wird sie ausdrücklich eine actio in rem genannt. Wenn bei Gajus (4, 95.) gesagt wird, in den Centumviralsachen — also bei der petitio hereditatis, werde nicht per formulam sondern per legis actionem verfahren, so heißt das nur, daß nicht sogleich mit der Ertheilung der formula, sondern mit dem sacramentum angefangen wird: vergleiche §. 2. not. 25.

4) L. 1. pr. L. 27, §. 3. D. de rei vind. 6, 1. L. 3. C. de praescr. 30 ann. 7, 39. L. 3. C. ne de statu def. 7, 21. L 2. L. 7. C. de hered. petit. 3, 31.. §. 2. J. de off jud. 4, 17. Theophil. ebendas.

5) L. 8. D. de rei vind. 6, 1.

6) Ulpian. fragm. 19, §. 11—14. Gaji inst. 2, §. 34—37.

stitutionen, weil da die cessio in jure ausfällt —: und, was hier noch besonders beweisend ist, bei der Theorie von der res judicata wird das Erkenntniß über die petitio hereditatis und die rei vindicatio als eadem quaestio und idem jus angesehen [7]). Also der Klaggrund bei der petitio hereditatis ist eben derselbe, wie bei der rei vindicatio, Eigenthum.

Die petitio hereditatis ist den actiones in rem wegen der Servituten aber auch darinn ähnlich, daß diejenigen Rechtsinstitute von der rei vindicatio, welche eigentlich nur bei res corporales Statt finden können, auf die hereditas als res incorporalis angewandt sind. Es kommt hier nämlich

1) das Vindicationsverfahren mit der festuca [8]) und

2) als Folge davon die cessio in jure [9]) vor (§. 3 und 4).

3) Ganz wie bei den Servituten ist im älteren Rechte eine Usucapion der hereditas als res incorporalis eingeführt gewesen [10]) (§. 6).

4) Bei der petitio hereditatis gilt der Satz, daß sie contra possessorem angestellt werden muß (§. 5.), und daher kommt ein fingirter possessor (velut possessor, possessor juris) vor [11]).

Besonders 5) findet sich hier auch ein juristischer Besitz, eine vorläufige Einweisung in die possessio universorum bonorum [12]). Diese Einweisung in den Besitz ist bei der hereditas von doppelter Art. Erstlich tritt die gewöhnliche constitutio possessoris ein, wie bei den res corporales und den Servituten, nämlich um den petitor und possessor bei der petitio hereditatis zu bestimmen [13]) (§. 5.) und diese wurde da die petitio hereditatis zu den causae centumvirales gehörte, bei denen man das Verfahren der legis actio beibehielt [14]), fortdauernd durch eine datio vindiciarum ertheilt, weßhalb sich denn bei der hereditas, wie bei den Ser-

---

7) L. 3. L. 7, §. 4. D. de exc. rei jud. 44, 2, verbunden mit L. 13 ebendas.

8) Gaji inst. 4, §. 17.

9) Die Stellen in not. 6.

10) Gaji inst. 2, §. 54.

11) Paulli sent. 1, 11, 1. L. 16, §. 4 und 7. L. 34, §. 1. L. 35. D. de pet. hered. 5, 3. L. 13, §. 15. L. 18, §. 1. ebendas. L. 10. D. si pars her. pet. 5, 4.

12) L. 1, §. 1. D. quor. bon. 43, 2.

13) Gaji inst. 4, §. 16, verbunden mit §. 17.

14) Ebendas. 4, §. 31.

vituten der praedia urbana und aus demselben Grunde (§. 8.), kein solches Interdict findet wie das interdictum uti possidetis und utrubi. Daneben kommt aber zweitens noch ein ganz eigenes possessorium, als Begünstigung des bonorum possessor, vor, um demjenigen, der sich von dem Prätor die bonorum possessio hatte geben lassen, schnell den factischen Besitz der Erbschaft zu verschaffen: und zu dem Ende ein possessorisches Interdict, das interdictum quorum bonorum, welches *adipiscendae* possessionis heißt, weil man sich dabei nicht auf einen schon gehabten Besitz, sondern auf etwas Anderes — quorum bonorum illi ex edicto meo possessio data est — gründete (§. 5). Das interdictum quorum bonorum gehört mit dem interdictum uti possidetis und utrubi insoweit in eine Classe, daß es eben so gut possessorisch ist [15]), d. h. daß dabei über den Besitz selbstständig, nicht als Folge eines anderen, bewiesenen oder präsumtiven, Rechtes, sondern im Gegensatz des Rechts (causa possessionis und causa proprietatis) erkannt wird [16]): nur hat es nicht den unmittelbaren Zweck, den petitor und possessor für die causa proprietatis zu bestimmen, wie jene beiden Interdicte, und daher ist es denn auch kein interdictum duplex, als Surrogat des Vindicationsverfahrens. Mittelbar mag übrigens dieser Zweck ebenfalls dadurch erreicht seyn, denn wahrscheinlich wurde bei der actio vindiciarum derjenige, der durch das interdictum quorum bonorum in den Besitz eingewiesen war, nun auch possessor während der petitio hereditatis.

---

15) Daß die interdicta adipiscendae possessionis ebenfalls possessorisch sind, beweist, wenn die Benennung adipiscendae *possessionis* nicht schon genügen sollte, vorzüglich das interdictum de itinere, welches unstreitig immer possessorisch, und doch bald ein interdictum retinendae, bald ein interdictum adipiscendae possessionis ist: L. 2, §. 3. D. de interd. 43, 1.

16) Der Klaggrund bei dem interdictum quorum bonorum war die ertheilte bonorum possessio als etwas Factisches, d. h. als Befehl des Prätors, daß Jemand den Besitz der Erbschaft haben solle: die Frage, ob diese bonorum possessio nur ein Recht, (bonorum possessio cum re) oder ein bloßer Besitz (bonorum possessio sine re) sey, kam dabei nicht in Betracht, und im Interdicte siegte der bonorum possessor gegen den heres, (qui heres *est*: Gaji inst. 4, §. 144.), der ihm bei der petitio hereditatis die Erbschaft wieder abnahm (ebendas. 3, §. 36 und 37, 2, §. 148). Paulus (L. 2, §. 2. D. de interd. 43, 1) nennt auch unter den Interdicten, die nicht causam possessionis, sondern causam proprietatis haben, das interdictum quorum bonorum nicht mit.

Das Resultat von dem Allen scheint nun wieder zu seyn, wie bei der actio in rem wegen der jura (§. 9.), daß die petitio hereditatis mit der rei vindicatio einerlei Klage, nämlich eine Art von rei vindicatio utilis ist, eine Klage aus dem Eigenthum an einer res incorporalis nach Analogie der Klage aus dem Eigenthum an einer res corporalis. Diese Ansicht bestätigt sich durch die völlige Gleichheit der Formel, welche bei der petitio hereditatis sowohl in der Klage [17], als in der sponsio [18], als im Eide [19], und als im Erkenntnisse [19]) buchstäblich, wie bei der rei vindicatio (rem meam esse, §. 2.) lautet, Hereditatem *meam esse:* nicht etwa, Me heredem esse. Aber — und dadurch unterscheidet sich die petitio hereditatis von den actiones in rem wegen des Nießbrauchs und der Realservituten — die res incorporalis ist hier kein Recht (jus), sondern eine universitas bonorum, nicht das Erbrecht, sondern die Erbschaft, wobei das incorporale darinn liegt, daß die Erbschaft außer den res corporales zugleich, und vielleicht allein, in Rechten und Forderungen besteht. Daß dieses die Ansicht der Römischen Juristen und daß die petitio hereditatis keine Vindication des Erbrechts ist, geht aus einer Menge von Stellen [21]) und besonders auch aus der Theorie von der res judicata hervor [22].

Dadurch, daß die petitio hereditatis eine quasi rei vindicatio ist, wird zugleich erst erklärlich, wie sie bald eine actio in rem heißen und bald wieder der actio in rem entgegengesetzt werden (§. 2), — je nachdem man nämlich unter actio in rem die vera und quasi actio in rem zusammen oder die vera actio in rem allein versteht —, und wie ferner die actio in rem über das Eigenthum an res corporales die allgemeine Ueberschrift de rei vindica-

---

17) L. 3. L. 10, §. 1. D. de pet. her. 5, 3.

18) Asconius zu Cicero in Verr. 1, c. 45.

19) L. 11, §. 3. D. de jurejur. 12, 2.

20) L. 9. pr. L. 15. D. de except. rei jud. 44, 2.

21) Die Stellen in not. a: ferner L. 3. L. 7, §. 4 und 5. D. de exc. rei jud. 44, 2. L. 5. pr. L. 19. pr. D. de pet. her. 5, 3. L. 9. C. ebendas. 3, 31. In einer Institutionenstelle §. 2. de reb. corp. 2, 2) wird zwar von einem *jus* hereditatis geredet: daß aber auch hier hereditas die Erbschaft bedeutet, beweisen die Worte nec ad rem pertinet quod *in hereditate* res corporales continentur. Jus bezeichnet nur das Juristische, das incorporale, wie in der Erklärung von bona in L. 208. de verbor. signif. 50, 16.

22) Oben not. 7.

tione, das heißt, wie oben gezeigt ist (§. 2), de vindicatione oder de actione in rem, ohne den Zusatz rerum *corporalium*, während die actiones in rem über die Erbschaft, den Nießbrauch und die Realservituten alle die besondere Rubrik de *hereditatis* petitione, si *ususfructus* petatur, si *servitus* vindicetur führen: es ist hier ebenso wie beim Nießbrauche, wo unter der allgemeinen Rubrik de usufructu nur der verus ususfructus abgehandelt wird und der quasi ususfructus unter der speciellen Rubrik de usufructu earum rerum quae usu consumuntur nachkommt. Daß übrigens demungeachtet in den Pandecten und im Codex nicht die rei vindicatio, als die actio directa, sondern die petitio hereditatis voransteht, rührt daher, weil hier eine materielle Eintheilung nach universitates und res singulae [23]), die ebenso bei den Interdicten vorgetragen wird [24]), zum Grunde liegt.

Der Begriff Eigenthum an einer universitas bonorum ist wieder, wie der Begriff Eigenthum an einem jus (§. 9), von der bloßen Zuständigkeit der universitas bonorum, welche mit der universitas bonorum selbst einerlei ist und sich in die einzelnen Privatrechte auflöst, aus denen sie besteht, wohl zu unterscheiden. Das Eigenthum an einer universitas bonorum ist ein für sich bestehendes specielles Rechtsverhältniß, das bei der einen universiatas bonorum vorkommt und bei der anderen nicht, und muß, wie das dominium juris, so definirt werden, daß auf eine universitas bonorum gewisse Rechtsinstitute, die bei dem Eigenthume an res corporales Statt finden und eigentlich nur darauf passen, nämlich die Eigenthumsklage mit dem Vindicationsverfahren, die vorläufige Einweisung in den Besitz, ein possessorisches Interdict, und die cessio in jure analogisch angewandt sind.

So wie im Römischen Rechte ein dominium juris nur an zwei bestimmten Berechtigungen, an dem Nießbrauche und der Realservitut, vorkommt, so findet sich eine dominium universitatis bonorum nur an einer einzigen universitas, der hereditas: was wieder eben so zufällig ist, da der Begriff Eigenthum an einer Vermögensmasse, das heißt, wie eben bemerkt worden, die Anwendung gewisser Rechtssätze von der rei vindicatio, an sich bei einem peculium, bei einer dos, bei dem Vermögen eines arrogatus und bei

---

23) L. 1. pr. D. de rei vind. 6, 1.

24) L. 1. pr. D. de interdict. 43, 1.

allen Fällen einer acquisitio per universitatem nicht weniger passend seyn würde. Ueber den Grund davon läßt sich mit einiger Wahrscheinlichkeit dieselbe Hypothese aufstellen wie bei den Realservituten (§. 10). Man kann sagen, die hereditas (pecunia) ist Anfangs nicht als eine res incorporalis, sondern als universitas rerum, als Inbegriff der zu einer Erbschaft gehörenden res corporales angesehen, also die petitio hereditatis eine gewöhnliche rei vindicatio, wie die Vindication einer Heerde, gewesen. Wegen der besonderen Verbindung aber, worinn die hereditas mit den sacris stand [25], wurde diese Art der rei vindicatio nicht vor den gewöhnlichen judices, sondern vor der großen Jury mit judices aus allen Tribus, den Centumvirn, verhandelt: und so entstand die erste Absonderung der petitio hereditatis als einer eigenen Klage von den übrigen rei vindicationes, die sich damals nur auf das Forum bezog. Die spätere, feinere Theorie, welche auf diese Art die petitio hereditatis schon als eine besondere Klage vorfand, machte nun die Bemerkung, daß die hereditas eigentlich — wegen der Rechte und Forderungen, die mit zum Nachlasse gehören, — eine res incorporalis sey: und so wurde daraus, durch eine bloße Veränderung der juristischen Ansicht, eine quasi rei vindicatio. Für diese Vermuthung lassen sich, außer der inneren Wahrscheinlichkeit, zwei specielle Gründe anführen: einmal die alte Form des Vindicationsverfahrens [26], wobei die hereditatis nicht als res incorporalis, sondern als eine von den schwer zu transportirenden Sachen von denen man statt der ganzen Sache ein Stück ins Gericht bringen müsse, vorkommt, neben den Heerden, Häusern und Schiffen: zweitens der Umstand, daß bei der hereditas die mancipatio, die nur auf res corporales geht [27], als Testamentsform gebraucht wurde [28]. Auch hat sie das für sich, daß sie wenigstens zwei Quasivindicationen, die petitio hereditatis und die Vindication der Realservituten, auf einen einzigen historischen Grund zurückführt.

Es giebt also im Römischen Rechte ein zweifaches dominium, das eigentliche, an den res corporales, und das analoge, an den res incorporales: und das dominium auf den res incorporales hat wieder zwei Unterarten, des dominium an einem jus — dem Nießbrauche und der Real-

25) Gaji instit. 2, §. 55. Cicero de legib. 2, c. 19 bis 21.
26) Gaji inst. 4, 17.
27) Ebendas. 2, §. 17.
28) Ebendas. 2, §. 104.

servitut — und das dominium an einer universitas bonorum — der hereditas. Jenes erste, das Eigenthum an den res corporales, ist ein bestimmtes, selbstständiges Privatrecht: das zweite: das Eigenthum an den res incorporales, besteht hingegen nur darinn, daß bei einem Rechte oder bei einer Vermögensmasse gewisse Institute, die bei dem Eigenthume an res corporales vorkommen, als ein quasi angewandt werden: und zwar bei dem dominium juris die Eigenthumsklage mit dem Vindicationsverfahren, die cessio in jure, der Besitz, die Tradition und die Verjährung, bei dem dominium an einer universitas bonorum die drei ersten allein. Will man dafür Kunstworte haben, so sind nach Analogie von ususfructus und quasi possessio, die Benennungen dominium und quasi dominium ganz passend. In diesem Sinne läßt sich denn auch von dominium in sensu stricto und in sensu lato reden: hingegen darf man unter dem dominium in sensu lato, wenn der Begriff juristisch brauchbar seyn soll, nicht die Zuständigkeit von Rechten überhaupt verstehen, und geradezu unrichtig ist es, wenn man z. B. den Nießbrauch und die Realservitut selbst so nennt, also wenn man sagt, dominium in sensu stricto heiße das Eigenthum und dominium in sensu lato, heiße ein dingliches Recht (§. 9).

§. 13.

D. Völlig verschieden von dem quasi dominium ist dasjenige Verhältniß, wo jemand kein Eigenthum, weder ein dominium verum an einer res corporalis noch ein quasi dominium an einer res incorporalis, aber doch eine Eigenthumsklage (actio in rem utilis, actio in rem ficta) hat, während neben ihm gewöhnlich eine zweite Person steht, die an eben der Sache des dominium mit der actio in rem directa hat: wo also in der That, abgesehen von dem Namen dominus, zwei Eigenthümer von einer und derselben Sache vorkommen. Ein dem Römischen Rechte ganz eigenthümliches Institut, das seinen Grund in dem Gegensatze von jus — dem Civilrechte — und jurisdictio, tuitio — dem prätorischen Rechte — hat: der Prätor konnte wohl eine Eigenthumsklage geben, aber kein Eigenthum [29]). Zu diesen Fällen, die bei allen drei Arten des Eigenthums — an einer res corporalis, an einem jus, und an einer hereditas — eintreten, gehören unstreitig folgende.

---

29) Ulpiani fragm. 23, 12.

1) Das Verhältniß wo der Eine die Sache in bonis hatte und der Andere dominus (ex jure Quiritium) war. Dieses kam vor

a) bei den res mancipi, die von dem wirklichen Eigenthümer [30], aber nicht durch mancipatio oder cessio in jure, sondern durch Tradition veräußert waren:

b) bei allem Grundeigenthum in der Provinz, wenn man es auch durch eine an sich rechtmäßige Erwerbungsart, z. B. durch Tradition, und von dem rechtmäßigen Inhaber erworben hatte, wegen des staatsrechtlichen Grundsatzes, daß eigentlich der Staat Eigenthümer sey [31]:

c) bei den Servituten, die ebenfalls von dem wirklichen Eigenthümer des dienenden Grundstücks [32], aber nicht durch cessio in jure oder mancipatio, sondern durch eine quasi traditio oder durch patientia constituirt waren [33]; nur daß hier nicht, wie in den beiden ersten Fällen, neben dem dominus fictus ein zweiter dominus der Servitut ex jure Quiritium stand. In allen diesen Fällen war derjenige, der die Sache in bonis hatte, nicht Eigenthümer, vielmehr war die Sache, weil ein Anderer dominus war, für ihn eine fremde Sache: er hatte aber eine prätorische Eigenthumsklage, eine utilis in rem actio mit dem besonderen Namen actio in rem Publiciana [34], und vermöge dieser utilis in rem actio alle Rechte des Eigenthums, so daß das Recht des eigentlichen dominus ein *nudum* jus wurde. Seit Justinian [35] haben diese Verhältnisse aufgehört, indem das in bonis habere zum wirklichen Eigenthum mit

---

30) Ex jure Quiritium *mea* permanebit: Gaji inst. 2, §. 41.

31) Ebendas. 2, §. 7. Theophil. 2, 1, §. 40.

32) Per domum *suam*: L. 11, §. 1. D. de Public. act. 6, 2.

33) Ebendas. L. 1. §. 2. D. de serv. praed. rust. 8, 3. L. 1. pr. D. quib. mod. us. amitt. 7, 4. L. 3. D. si ususfr. pet. 7, 6.

34) Ob die utilis in rem actio des dominus bonitarius wirklich den Namen actio in rem Publiciana hatte, ist für die gegenwärtige Untersuchung ohne Interesse: so viel scheint aber aus L. 11, §. 1. D. de Public. act. (per domum *suam*) bestimmt hervorzugehn, daß die actio in rem Publiciana nicht bloß für den Fall einer res *aliena* bona fide possessa gegeben war.

35) L. un. C. de nudo jure Quir. toll. 7, 25. L. un. C. de usucap. transform. 7, 31.

einer actio in rem directa gemacht und das nudum jus Quiritum aufgehoben ist [36].

2) Ganz dasselbe, was bei den einzelnen Sachen das in bonis habere war, sind bei der hereditas die Verhältnisse des bonorum possessor cum re, des bonorum emtor [37] und des fideicommissarius universalis neben idem heres: sie sind nicht Erben, sondern Erbe (heres) ist ein Anderer, sie haben aber eine utilis petitio hereditatis (petitio hereditatis possessoria und fideicommissoria [38]) und alle Rechte eines Erben.

3) Ein dritter Fall, der von dem in bonis habere durchaus verschieden war [39]) und noch im neuesten Römischen Rechte vorkommt, ist die possessio bonae fidei einer res aliena. Derjenige, der eine res corporalis oder ein jus von einem Nichteigenthümer, aber bona fide, tradirt erhalten, hat eine utilis in rem actio, d. h. eine fingirte Eigenthumsklage [40], ebenfalls mit dem Namen actio in rem Publiciana, und dadurch — nur nicht gegen den wahren Eigenthümer, wie bei dem in bonis habere — die Rechte des Eigenthums. Diese utilis in rem actio hat mit dem Gegensatze zwischen jus civile und jus gentium, der bei der utilis in rem actio wegen tradirter res mancipi zum Grunde liegt, nichts gemein, denn der Satz, daß man nicht Eigenthümer werden kann wenn es der Tradent nicht selbst war, gehört nicht zum jus civile, sondern zum jus gentium, und wenn demungeachtet der bonae fidei possessor als Eigenthümer behandelt wird, so ist das ein Billigkeitssatz gegen das jus gentium.

4) Endlich gehören noch einige ganz specielle Fälle hierher, ebenfalls aus dem heutigen Rechte, die nicht gerade alle prätorisch sind: nämlich die utilis actio in rem desjenigen, dessen Sache während einer Abwesenheit usucapirt ist [41], auf dessen tabula ein Anderer gemalt hat [42], des-

---

36) Von den durch traditio und patientia constituirten Servituten läßt sich dieses eigentlich nicht beweisen: es folgt aber wohl daraus, daß in dem Titel de publiciana actione nur die Stelle aus dem Edicte „si quis id quod traditur *non a domino* petet" als Text (L. 1. pr.) stehen geblieben ist.

37) Gaji inst. 3, §. 80 und 81.

38) Ebendas. 2, §. 253, und 4, §. 34 und 35. Tit. D. de hered. pet. possessor. 5, 5 und de her. pet. fideic. 5, 6.

39) Gaji inst. 2, § 86 bis 91. Ulpian. fragm. 19, §. 20 und 21.

40) Gaji inst. 4, §. 36.

41) §. 5. J. de action. 4, 6.

42) §. 34. J. de rer. div. 2, 1. Theophil. ebendas. Gaji inst 2, §. 73.

sen Baum in ein fremdes Grundstück gepflanzt und eingewurzelt ist [43]), und dessen, der eine Sache sub modo verschenkt hat [44]): ferner die utilis in rem actio des Pupillen und des Soldaten wegen der Sachen, die von seinem Vormunde oder Mandatar mit seinem Gelde, aber nicht in seinem Namen gekauft [45]), des Ehegatten wegen der Sachen, die mit dem Gelde, welches von einer donatio inter conjuges herrührt, gekauft sind [46]), und der Ehefrau wegen der Dotalsachen nach getrennter Ehe [47]). Auch diese Personen haben eigentlich kein Eigenthum, sondern das dominium mit der actio in rem directa hat ein Dritter — wenigstens so lange, bis diesem dominium durch den Effect der actio in rem utilis ein Ende gemacht ist —; z. B. bei dem Baume der Eigenthümer des Grundstücks nach der Regel superficies cedit solo, und bei dem Gemälde der Maler nach der Theorie von der Accession: sie haben aber eine utilis actio in rem, das heißt, wie hier Niemand bezweifelt, eine utilis rei vindicatio, ohne besonderen Namen, außer in dem ersten Falle, wo sie ebenfalls actio in rem Publiciana heißt. Auf das jus gentium beziehen sich die meisten dieser Klagen wieder nicht: z. B. die actio in rem bei dem Baume ist geradezu eine aequitas gegen das jus gentium [48]).

Die actiones in rem des sogenannten dominus bonitarius, des bonae fidei possessor einer res aliena, und der Personen unter nro. 4. sind auch Ausdehnungen der rei vindicatio, utiles rei vindicationes, wie die actio in rem wegen der Servituten (§. 9.) und die petitio hereditatis (§. 12.): aber von ganz anderer Art. Die Ausdehnung besteht hier nicht darinn, daß an einem gewissen Rechte ein dominium ertheilt und dieses Recht als res incorporalis mit einer Eigenthumsklage vindicirt wird: sondern darinn, daß jemand an der res corporalis selbst eine Eigenthumsklage und Eigenthumsrechte erhält, ohne deren Eigenthümer zu seyn. Von einem jus, einer res incorporalis, — z. B. von einem jus des in bonis habere, von einem jus der possessio bonae fidei —, ist in jenen Ver-

---

43) L. 5, §. 3. D. de rei vind. 6, 1.
44) L. 1. C. de don. quae sub. mod. 8, 55.
45) L. 2. D. quando ex fact. tut. 26, 9. L. 8. C. de rei vind. 3, 32.
46) L. 30. L. 55. D. de don. int. vir. et ux. 24, 1.
47) L. 30, C. de jure dot. 5, 12.
48) L. 2. D. de superfic. 43, 18.

hältnissen gar keine Rede, und daher auch von keinem quasi, z. B. von keiner quasi possessio oder quasi traditio, sondern die res corporalis wird besessen und tradirt, als ob man deren Eigenthümer wäre [49].

Will man für dieses Verhältniß wieder ein Kunstwort haben, so kann man allenfalls das Recht dessen, der das dominium mit der actio in rem directa hat, dominium utile nennen. Das eigentliche Sachverhältniß wird dadurch recht gut bezeichnet, weil der dominus utilis durch seine actio in rem wirklich alle Rechte des Eigenthums, also in diesem Sinne ein utile dominium hat: aber der Römischen Ansicht ist das Wort dominium utile zuwider, eben weil der bonae fidei possessor u. s. w. kein dominus seyn soll. Der Römische Ausdruck für das dominium directum ist dominium, und für das dominium utile utilis in rem actio datur, utilis vindicatio accommodatur, in rem actionem in rebus quasi propriis habere, loco heredis esse, ficto se herede agere, Praetor velut heredem facit [50]: für die Fälle unter 1 und 2 auch das besondere Kunstwort possessio — possessio rei corporalis [51], possessio juris [52], possessio bonorum, welche dreifache possessio der Gegensatz von dem dreifachen dominium, an res corporales, jura und hereditas (§. 12 am Ende) ist.

---

49) Gaji inst. 2, §. 21.

50) Die Stellen oben in Note 45 bis 47. Ulpian. fragm. 28, 12. Gaji inst. 4, §. 111.

51) Gaji inst. 2, §. 7. L. 115. D. de verb. sign. 50, 16.

52) L. 3. D. si usufruct. pet. 7, 6.